Die Kündigung des Handlungsgehilfenverhältnisses.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Feodor Zernik

aus Leipzig

z. Z. Referendar in Grimma.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Meinem lieben Vater

in Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. a) Das Handlungsgehilfenverhältnis 1
§ 2. b) Die Kündigung. Allgemeines 3

I. Die ordentliche (befristete) Kündigung.

a) Kündigungsfrist und Endtermin
§ 3. α) nach dem Gesetz (§ 66 HGB.) 11
§ 4. β) nach dem Vertrag (§ 67 HGB.) 18
§ 5. b) Die Ausnahmebestimmungen in §§ 68, 69 HGB. 30

II. Die außerordentliche (fristlose) Kündigung.

§ 6. a) Gründe zur fristlosen Kündigung (§ 70 Abs. 1 HGB.) . . . 38
§ 7. α) insbesondere für den Handlungsgehilfen (§ 71 HGB.) . . 49
§ 8. β) für den Prinzipal (§ 72 HGB.) 56
§ 9. b) Folgen der fristlosen Kündigung. § 70 Abs. 2 HGB. . . . 72

Anhang.

§ 10. Die Konkurrenzklausel und die Einwirkung der Kündigung auf sie (§§ 74, 75 HGB.) 94

Literaturverzeichnis.

Adler-Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuch. Wien.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf des Handelsgesetzbuchs.

Blätter für die Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. Berlin.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6./7. Aufl. Stuttgart 1903.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. In den Reichstagsdrucksachen 1895—1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 2.—4. Aufl. Halle 1905 ff.

Deutsche Juristenzeitung. Berlin.

Dove-Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin.

Droysen, Die §§ 74, 75 HGB. v. 10. 5. 1897. Berlin 1908.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 2. Aufl. Mannheim 1908.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. Berlin 1903.

Entscheidungen des Königlichen Geheimen Obertribunals. Berlin.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Stuttgart.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. München 1906.

Gareis, Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. 3. Aufl. München 1905.

Gewerbe- und Kaufmannsgericht. Monatsschrift. Berlin.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 1. Berlin 1901.

Goldmann-Lilienthal, Systematische Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1903.

v. Hahn, Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.

Hellwetter, Die Beendigung des Handlungsgehilfenverhältnisses. Diss. Borna-Leipzig 1907.

Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge. 2. Aufl. Berlin 1905.

Jaeger, Die Konkursordnung. 3./4. Aufl. Berlin 1907.

Jahrbuch des Kaufmannsgerichts Berlin. Bd. 1. Berlin 1908.
Immerwahr, Die Kündigung. Breslau 1898.
Juristische Wochenschrift. Berlin.
Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung. Hannover 1901 ff.
Klefisch, Die Dienstkündigung. Diss. Leipzig 1903.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1902.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. München.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Leipzig 1902.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. 13. Aufl. Berlin 1906.
Melzer, Die Kündigung des Handlungsgehilfenvertrags. Diss. Borna-Leipzig 1906.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin-Leipzig 1888.
Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Leipzig.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Aufl. Berlin 1905.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. Berlin 1903 ff.
Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Hannover.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Leipzig.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe. München.
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1906.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3./4. Aufl. München 1907 ff.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen. Leipzig.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt.

Abkürzungen.

ADHGB. = Allgem. deutsches Handelsgesetzbuch.
a. M. = anderer Meinung.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
BRK. = Blätter für die Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
EG. = Einführungsgesetz.
EOHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
EOTr. = Entscheidungen des Königlichen Geheimen Obertribunals.
ERZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
GKG. = Gewerbe- und Kaufmannsgericht.
GO. = Gewerbeordnung.
HGB. = Handelsgesetzbuch.
JKG. = Jahrbuch des Kaufmannsgerichts Berlin.

JurW. = Juristische Wochenschrift.
KO. = Konkursordnung.
OLG. = Oberlandesgericht.
R. = Recht.
RG. = Reichsgericht.
ROLG. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
StGB. = Strafgesetzbuch.
ZHR. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
ZPO. = Zivilprozeßordnung.
§§ ohne Zusatz bedeuten solche des Handelsgesetzbuchs.

§ 1.

Wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist, ist Handlungsgehilfe (§ 59). Betrachten wir die Definition genauer. Gefordert wird zum Begriffe eine Anstellung, die, wie wir hinzufügen können, stets einen Dienstvertrag (BGB. §§ 611 ff.) in sich schließt. Das bedeutet einmal, daß der Gehilfe des Kaufmanns Selbständigkeit entbehrt. Kein Handlungsgehilfe ist also der Handlungsagent (§§ 84 ff.). Die Abhängigkeit muß ferner auf Vertrag beruhen. Der Ehemann, der im Geschäfte seiner Frau für sie arbeitet, ist nur dann Handlungsgehilfe, wenn er, die andern Voraussetzungen als vorliegend angenommen, sich durch Vertrag zur Leistung der Dienste verpflichtet hat. Erfolgt die Leistung der Dienste nicht auf Grund rechtsgeschäftlicher Übernahme, sondern auf Grund gesetzlicher Verpflichtung — wie z. B. wenn die Frau im Geschäfte des Ehemannes (BGB. § 1356 Abs. 2), das Kind im Geschäfte der Eltern (BGB. § 1617) Dienste leistet —, so liegt kein Handlungsgehilfenverhältnis vor.

Gegen Entgelt muß die Anstellung erfolgt sein, gleichgültig ob gegen bares Geld oder gegen eine Vergütung andrer Art, wie freie Kost und Logis. Der Volontär ist deshalb nie Handlungsgehilfe. Festes Gehalt braucht nicht vereinbart zu sein; Provision, Tantième sind gleichfalls Entgelt.[1])

In einem Handelsgewerbe muß der Gehilfe angestellt sein.[2]) Als Handelsgewerbe gilt namentlich jeder Gewerbebetrieb, der eine der in § 1 HGB. aufgeführten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat. Dabei wird nicht unterschieden, ob der Inhaber des Gewerbebetriebs ein Voll- oder Minderkaufmann (§ 4 Abs. 1) ist. Vgl. aber auch §§ 2, 3 HGB.: Ein Landwirt z. B.,

---

[1]) ROLG. Bd. 7 S. 319.

[2]) vgl. RG. in JurW. 1906 S. 396.

der nebenbei ein mit seiner Landwirtschaft zusammenhängendes Unternehmen betreibt, ohne seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen, kann in diesem Unternehmen noch so viele Buchhalter und Verkäufer beschäftigen — einen Handlungsgehilfen hat er nicht.

Endlich ist notwendig, daß die Anstellung zur Leistung kaufmännischer Dienste erfolgt sei. Der Nachdruck ist auf die Bezeichnung der Dienste als kaufmännische zu legen. Mag für ein Anstellungsverhältnis alles bisher Besprochene zutreffen, ist der Angestellte aber nur oder hauptsächlich zu andern als kaufmännischen Diensten verpflichtet, so ist er kein Handlungsgehilfe. Kaufmännisch sind die Dienste, die kaufmännische Signatur tragen,[1]) zu denen eine gewisse handelsgewerbliche Vorbildung gehört. Der Markthelfer eines Kaufmanns ist gewerblicher, nicht Handlungsgehilfe; für ihn gelten die Vorschriften der Reichsgewerbeordnung, des Gewerbegerichtsgesetzes v. 29. 9. 1901, nicht die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs und des Kaufmannsgerichtsgesetzes v. 6. 7. 1904 (HGB. § 83). Entscheidend für die Frage, ob die Dienste kaufmännischer Art sind, ist in letzter Linie die Verkehrsauffassung. Wird der Gehilfe auch zu andern als kaufmännischen Diensten herangezogen, so ändert das an seiner Eigenschaft als Handlungsgehilfe so lange nichts, als die kaufmännischen Dienste die andersgearteten überwiegen.[2])

Der Handlungsgehilfenvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Er ist an keine Form gebunden. Es gelten für ihn die allgemeinen Bestimmungen in §§ 145 ff. BGB. Der Art nach ist er ein Dienstvertrag im Sinne von §§ 611 ff. BGB. Doch kommen diese Vorschriften nur insoweit zur Anwendung, als nicht im Handelsgesetzbuch oder im Einführungsgesetz dazu ein anderes bestimmt ist (Art. 2 EG. z. HGB.). Der Dienstberechtigte, das ist der Prinzipal, hat Anspruch darauf, daß der Dienstverpflichtete, das ist der Handlungsgehilfe, die vereinbarten, in Ermanglung besonderer Vereinbarungen die dem Ortsgebrauche entsprechenden Dienste leiste; andrerseits hat der Handlungsgehilfe die verein-

---

[1]) EOHG. Bd. 17 S. 309.
[2]) ROLG. Bd. 1 S. 72.

barte bezw. die dem Ortsgebrauch entsprechende Vergütung zu beanspruchen. In Ermanglung eines Ortsgebrauchs gelten die den Umständen nach angemessenen Leistungen als vereinbart (§ 59).

Der Vertrag kann auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit eingegangen werden. Im erstern Falle läuft er mit der verabredeten Zeit ohne weiteres ab (BGB. § 620 Abs. 1), letzternfalls hängt sein Ende ab von der Kündigung eines Vertragsteils. Von den Kündigungsmodalitäten, von den Voraussetzungen der Kündigung und ihren Wirkungen soll im folgenden die Rede sein.

§ 2.

Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung; sie ist meist bestimmt, ein Vertragsverhältnis zur Beendigung zu bringen. Man versteht aber allgemein unter Kündigung nicht nur diese Willenserklärung, sondern auch das Recht zu dieser Erklärung; die Parteien vereinbaren z. B. wöchentliche Kündigung. Das Kündigungsrecht ist kein Anspruch im Sinne von § 194 BGB., unterliegt daher nicht der Verjährung. Wir rechnen es unter die subjektiven Rechte, indem wir mit Cosack[1]) unter subjektivem Rechte eine Willensherrschaft verstehen, die die Rechtsregel einem oder mehreren der an einem Lebensverhältnis Beteiligten über die andern Beteiligten einräumt.

Die Rechtsordnung hat bei vielen Schuldverhältnissen die Möglichkeit der Kündigung vorgesehen; am geläufigsten ist sie bei Miete, Pacht, Darlehn und Dienstvertrag (BGB. §§ 565 ff., 595, 609, 621 ff.).

Die Wirkung der Kündigung insbesondere beim Dienstvertrag ist — dies wird später ausführlich darzulegen sein — teils eine rechtsvernichtende: der gekündigte Vertrag wird aufgelöst; teils ist sie eine rechtserzeugende: es kommen durch die Kündigung die mannigfaltigsten Ansprüche der Parteien zum Entstehen, z. B. Anspruch auf Zeugnis (§ 73), auf Schadensersatz (§ 70 Abs. 2).

---

[1]) Lehrb. des deutschen bürgerl. R. Bd. 1 S. 52.

Zu beachten sind die Vorschriften in §§ 168 ff. BGB.; eine dem Dienstpflichtigen auf Grund des Dienstvertrags erteilte Vollmacht erlischt regelmäßig, wenn das Dienstverhältnis gelöst wird.

Annahme der Kündigung durch den Vertragsgegner ist zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit nicht erforderlich. Nötig ist nur, daß ihm die Kündigungserklärung zugeht; in diesem Augenblicke wird sie wirksam (BGB. § 130). Geht ihm gleichzeitig oder vorher ein Widerruf zu, so ist die Kündigung unwirksam; nach ihrem Eingange kann die Kündigung nur mit seiner Zustimmung widerrufen werden. Es ist angängig, die Kündigungserklärung durch einen Gerichtsvollzieher zustellen zu lassen; die Zustellung erfolgt dann nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung (§§ 166 ff. ZPO.).

Ist dem Kündigenden der Aufenthalt des andern Teiles unbekannt, so kann die Zustellung nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Bestimmungen (§§ 203 ff. ZPO.) erfolgen. Zuständig hierfür ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke der andere seinen letzten Wohnsitz, oder in Ermanglung eines inländischen Wohnsitzes seinen letzten bekannten Aufenthalt hatte (BGB. § 132). Damit ist nicht gesagt, daß es immer des schwerfälligen und kostspieligen Mittels der öffentlichen Zustellung bedürfe, wenn der augenblickliche Aufenthalt des Gegners unbekannt ist. Er befindet sich z. B. auf einer achttägigen Fußwanderung durch das Erzgebirge; dann genügt es, wenn ich das Kündigungsschreiben in seine verlassene Wohnung schicke. Es gilt, hier angelangt, als am nämlichen Tage ihm zugegangen, wenn er auch erst einige Zeit später, nach Rückkehr von der Reise, von ihm Kenntnis erhält.[1]) Denn diese Auffassung allein entspricht den Bedürfnissen des praktischen Lebens. Es geht auch nicht an, daß dem unredlichen Kontrahenten durch das Gesetz, welches die Kündigung erst mit dem Zugang wirksam werden läßt, die Möglichkeit zur Verhinderung der Kündigung gegeben werde: wenn er mir eine falsche Adresse als die seine angibt, so kündige ich wirksam, wenn ich das Kündigungsschreiben an jene Adresse sende, auch wenn es nie-

[1]) vgl. RG. in JurW. 1904 S. 481.

mals in seine Hände gelangt.[1]) Es genügt, die Kündigung dorthin zu richten, wo verständigerweise erwartet werden mußte, der Gegner werde sie erhalten.[2])

Eine Form ist für die Kündigung vom Gesetz nicht vorgeschrieben; natürlich kann sie vereinbart werden. Haben die Parteien ausgemacht, daß nur durch eingeschriebenen Brief gekündigt werden dürfe, so ist mündliche Kündigung unwirksam (BGB. § 125), es sei denn, daß sie der andere Teil ausdrücklich annimmt. Dann ist Wiederholung der Kündigung durch Einschreibebrief überflüssig, weil bereits rechtswirksam gekündigt ist, — wenn nicht etwa die Annahme der Kündigung ausdrücklich an die Bedingung der Wiederholung durch Einschreibebrief geknüpft war. War die Kündigung entgegen der Abrede im gewöhnlichen Briefe geschickt, so ist zu unterscheiden; wird die Annahme des Briefes verweigert — ohne die vertragliche Formalvorschrift wäre dies ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Kündigung —, so ist die Kündigung unwirksam, auch wenn der Adressat den Inhalt des Briefes kennt. Denn er ist nicht verpflichtet, eine vertragswidrige Kündigung hinzunehmen. Hat er aber das Kündigungsschreiben angenommen und durchgelesen, was im Streitfall der Kündigende zu beweisen hätte, so wäre es unbillig, der Kündigung die rechtliche Wirksamkeit zu versagen, — wenn nicht der Empfänger unverzüglich dem Kündigenden mitteilt, daß er diese formwidrige Kündigung nicht annehme; im Schweigen des Empfängers wird eine redliche, vernünftige Verkehrsauffassung Annahme der Kündigung zu erblicken haben. Nochmals sei betont, daß im allgemeinen die Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft zu ihrer Wirksamkeit nicht der Annahme seitens des Gekündigten bedarf. Doch ist die Annahme, wie gezeigt, nicht stets bedeutungslos; in den Fällen, in denen die Kündigung aus irgendeinem Rechtsgrunde an sich nicht wirksam wäre, wird sie es durch Annahme des Vertragsgegners. In der Annahme einer an sich unwirksamen Kündigung in Verbindung mit ihr selber liegt regelmäßig die Vereinbarung einer befristeten oder unbefristeten Auflösung des Vertrags.

[1]) RG. in JurW. 1904 S. 337.

[2]) EOHG. Bd. 8 S. 80.

Aus dem Grundsatze, daß die Kündigung regelmäßig einer Form nicht bedarf, wird mit Recht gefolgert, daß auch in der Klagerhebung und in der Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren eine Kündigung liegen kann.[1])

Die Kündigung kann durch einen Bevollmächtigten und an einen Bevollmächtigten erfolgen (BGB. § 164 Abs. 1 u. 3). Nach §§ 49, 50 Abs. 1 HGB. ist der Prokurist immer, nach § 54 der Handlungsbevollmächtigte regelmäßig als Vertreter des Prinzipals zu Kündigungen und Entgegennahme von Kündigungen berechtigt. Für andere Personen ist § 174 BGB. wichtig: ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem andern gegenüber vornimmt, ist unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde, also eine schriftliche Vollmachtserteilung, nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Doch ist die Zurückweisung ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den andern von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte; anderweit erlangte Kenntnis kommt nicht in Betracht. Eine Kündigung, die ein Vertreter ohne Vertretungsmacht (falsus procurator) ausspricht oder die ihm gegenüber ausgesprochen wird, ist unwirksam (BGB. § 180); sie kann nur unter gewissen Voraussetzungen durch nachträgliche Genehmigung des angeblich Vertretenen konvaleszieren, nämlich nur dann, wenn der andere Teil die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet hat oder damit einverstanden gewesen ist, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle (BGB. §§ 180, 177).

Für Kündigungen des Minderjährigen in aktiver und passiver Hinsicht sind die §§ 111—113, 131 BGB., aber auch § 165 BGB. zu vergleichen.

Die Kündigung ist zumeist, sei es durch Gesetz oder durch Vertrag, an gewisse Fristen und Termine gebunden. Nehmen wir nun an, es sei unter Einhaltung einer sechswöchigen Frist zu kündigen; dann ist die Frist nicht schon gewahrt, wenn das Kündigungsschreiben sechs Wochen vor dem gesetzlichen oder vereinbarten Endtermine abgesendet wird. Es muß zu dieser

---

[1]) ERZ. Bd. 17 S. 148.

Zeit dem Gegner bereits zugegangen sein; denn erst mit ihrem Zugang wird die Kündigungserklärung wirksam. Die Gefahr der rechtzeitigen Ankunft des Kündigungsschreibens trägt der Absender. Wenn der Brief, der die Kündigung enthält, zu spät beim andern eingeht, z. B. wegen mangelhafter Adressierung oder infolge Verzögerung der Briefbeförderung, so ist die Kündigung eben verspätet, mag der Brief auch lange vorher abgesendet sein.

Im übrigen erfolgt die Kündigung rechtzeitig, wenn sie bis zum Ablauf des Kündigungstages, also bis zwölf Uhr mitternachts, dem Vertragsgegner zugeht. § 358 schreibt nur für Handelsgeschäfte vor, daß ihre Leistung während der gewöhnlichen Geschäftszeit bewirkt werden muß; die Kündigung ist aber kein Handelsgeschäft.

Hier und da ist die Meinung aufgetaucht, daß an einem Sonntag nicht gekündigt werden dürfe.[1]) Niemand wird aber behaupten wollen, daß eine am Sonntag erfolgte Kündigung, wenn sie nur sonst ohne Mangel ist, der rechtlichen Wirksamkeit entbehre. Vielmehr ist es richtiger, den Satz so zu formulieren: an einem Sonntag braucht nicht gekündigt zu werden. Es tritt dann an Stelle des Sonntags der nächstfolgende Werktag (BGB. § 193).

Welches ist die Wirkung einer verspäteten Kündigung? Es ist klar, daß sie — auch ohne ausdrücklichen Widerspruch des anderen Teiles[2]) — die beabsichtigte Wirkung, d. h. Auflösung des Dienstverhältnisses zu der gewollten Zeit, nicht haben kann. Die Frage ist, ob ihr überhaupt eine Rechtswirkung beizumessen sei.

Diese Frage ist nur im Einzelfalle zu beantworten; es kommt darauf an, ob es als dem Willen des Kündigenden entsprechend angesehen werden kann, daß die Kündigung, da sie für den beabsichtigten Termin zu spät und damit wirkungslos erfolgte, wenigstens als vorzeitige Kündigung für den nächstfolgenden Termin gelten soll. Denn darüber ist kein Zweifel, daß eine zu

---

[1]) Staub S. 311; Horrwitz S. 125.

[2]) So die herrschende Meinung; a. M. GKG. Bd. 12 S. 9.

frühe Kündigung, welche dem Gegner also eine längere als die ausgemachte Kündigungsfrist gewährt, ihrer Rechtswirkung nach der rechtzeitigen Kündigung völlig gleichsteht.[1]) In den weitaus meisten Fällen wird übrigens diese Wirkung als gewollt anzunehmen sein: der Kündigende will lieber, daß das Dienstverhältnis mit dem nächsten Quartal, Monat usw. sein Ende nehme, als daß es noch ferner bestehe. Steht aber fest, daß sein Wille dahin ging, das Dienstverhältnis entweder für den bezeichneten Termin zu lösen oder gar nicht, so ist die verspätete wie jede rechtswidrige Kündigung völlig ohne Wirkung. Es müßte denn sein, der andere erklärte mit ausdrücklichen Worten oder konkludenter Handlung sein Einverständnis damit, daß die Kündigung, obwohl verspätet, doch die vom Kündigenden beabsichtigte Wirkung haben solle.

Im Interesse der Verkehrssicherheit ist jedoch eine Ausnahme von der Regel geboten, daß ohne dahingehende Erklärung des anderen Teils die verspätete Kündigung eine andere als die zunächst gewollte oder gar keine Wirkung habe. Erfolgt nämlich die Kündigung unter Abwesenden (BGB. § 130) und hat der Kündigende das verspätet anlangende Kündigungsschreiben so früh abgesendet, daß es dem anderen bei regelmäßiger Beförderung rechtzeitig zugegangen sein würde, und mußte der andere dies erkennen, so hat er dem Kündigenden unverzüglich nach dem Empfange der Kündigung anzuzeigen, daß er die Kündigung, weil verspätet, nicht annehme (nach Analogie von § 149 BGB.). Anderenfalls würde sein Schweigen als Einverständnis mit der Kündigung zu deuten sein.

In Konsequenz des Grundsatzes, daß vorzeitige Kündigung nicht schadet, ist es als zulässig zu erachten, den Anstellungsvertrag, der im Herbste 1907 für den 1. 1. 1908 abgeschlossen wurde, schon vor dem 1. 1. 1908 unter Beobachtung der einzuhaltenden Kündigungsfrist für einen nach diesem Tage gelegenen Termin aufzukündigen.[2]) Durch solche vorzeitige Kündigung wird aber nie der Antritt des Dienstes überflüssig; es

[1]) EOTr. Bd. 34 S. 170.

[2]) OLG. Hamburg in ZHR. Bd. 40 S. 452.

sei denn, daß ein wichtiger Grund vor dem Antrittstage der einen Partei die sofortige Aufhebung des Vertrages gestattet.[1])

In der Kündigungserklärung muß das Wort „Kündigung" nicht gerade enthalten sein. Die Erklärung muß aber so unzweideutig gefaßt werden, daß der andere über ihren Inhalt nicht in Zweifel sein kann. Redensarten wie: „Leute Ihres Schlages kann ich nicht brauchen" oder: „Wenn Sie wollen, können Sie jeden Tag gehen" sind keine Kündigung, sondern höchstens eine Inaussichtstellung späterer Kündigung.[2])

Ob eine bedingte Kündigung zulässig sei, ist Streitfrage.[3]) Zur Begründung des bejahenden Standpunktes ist auf § 643 BGB. verwiesen worden;[4]) dort habe der Gesetzgeber selber ein Beispiel für die bedingte Kündigung gegeben und diese damit für zulässig erklärt.[5]) Allein die Frage unerörtert gelassen, ob es sich in jenem Paragraphen wirklich um eine echte Kündigung handle, so ist die Heranziehung dieser Bestimmung aus dem Werkvertrage zur Beweisführung für eine Frage aus dem Dienstvertrag bei der grundsätzlichen Verschiedenheit von Werk- und Dienstvertrag nicht unbedenklich, jedenfalls nicht zwingend. Wenn behauptet wird,[6]) das Bürgerliche Gesetzbuch biete keinen Anhalt dafür, daß es bei der Kündigung jede Bedingung ausschließen wollte, so kann mit gleichem Gewichte gesagt werden, die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Dienstvertrag und andere kündbare Verträge geben keinen Anhalt dafür, daß es die Bedingung zulassen wollte.

Dagegen fordert die Verkehrssicherheit gebieterisch, daß jede Kündigung mit Rücksicht auf ihre einschneidende Wirkung durchaus bestimmt, eindeutig und zuverlässig sei. Der andere

---

[1]) OLG. Stettin in R. 1906 S. 50.

[2]) EOHG. Bd. 4 S. 342.

[3]) Dafür: Staub S. 311; Lehmann-Ring S. 166; Düringer-Hachenburg S. 433; Bolze Bd. 12 Nr. 400; dagegen: Goldmann S. 324; Makower S. 209; Horrwitz S. 127; Immerwahr S. 80; EOHG. Bd. 4 S. 341.

[4]) Staub S. 311.

[5]) vgl. aber Mot. z. Entw. eines BGB. Bd. 2 S. 413.

[6]) Lehmann-Ring S. 166.

Teil muß wissen, woran er ist; der Handlungsgehilfe insbesondere muß im klaren sein, ob er in der Stellung verbleiben kann oder sich nach einer anderen umzusehen hat. Eine bedingte Kündigung gibt ihm diese Gewißheit keineswegs. Oft wird es auch zweifelhaft sein und Streit hervorrufen, ob die Bedingung denn eingetreten sei oder nicht. In diesem Falle wollen übrigens auch diejenigen, die sonst eine bedingte Kündigung zulassen, sie für unwirksam erklären, ohne zu bedenken, daß durch solche Unterscheidung, wenn sie Rechtens wäre, die Unsicherheit nur gefördert werden würde.

Wir halten deshalb die bedingte Kündigung durchaus für ungeeignet, das Vertragsverhältnis zu lösen, es sei denn, der Vertragsgegner erklärte sich ausdrücklich damit einverstanden. Dann, aber nur dann, würde der Eintritt der Bedingung die Kündigungserklärung ersetzen, von ihm an würde also die vereinbarte oder gesetzliche Kündigungsfrist laufen. Im übrigen ist eine bedingte Kündigung rechtsunwirksam und nur als Ausspruch der Kündigungsabsicht nicht ohne praktische Bedeutung. Für diese Meinung spricht auch die Erwägung, daß es ja eine leichte Mühe ist, die Kündigung, nachdem sie zuvor rechtsunverbindlich in Aussicht gestellt war, nach dem Eintritt der Bedingung definitiv auszusprechen. Damit wird der Gekündigte jeden Zweifels enthoben.

Zur Abgrenzung des Kündigungsbegriffes soll kurz auf einige verwandte Rechtsgeschäfte hingewiesen werden. Da ist zunächst die Anfechtung eines Vertrags. Sie ist wesentlich verschieden von der Kündigung; ein anderer ist der Grund, eine andere die Wirkung. Gleich sind sich beide nur darin, daß sie einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen sind. Kündigung hebt den Vertrag für die Zukunft auf, läßt ihn also bis dahin unberührt; Anfechtung hat die in § 142 BGB. ausgesprochene Folge: das angefochtene Rechtsgeschäft ist als von Anfang an nichtig anzusehen (Wirkung ex tunc, nicht ex nunc). Anfechtung ist nur aus wenigen, ganz bestimmten Gründen möglich (vgl. insbesondere BGB. §§ 119, 120, 123); Kündigung kann, wie später auszuführen sein wird, teils ohne Grund, teils aus „wichtigem Grunde“ erfolgen.

Der Rücktritt vom Vertrage, der durch Gesetz (insbesondere BGB. §§ 325 ff.) oder Parteivereinbarung unter ganz bestimmten Voraussetzungen zusteht, verpflichtet die Parteien, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren; sein Zweck ist, das Verhältnis der Parteien möglichst in den vor Vertragsschluß bestehenden Stand wieder einzusetzen (BGB. §§ 346 ff.). Der Widerruf eines Vertrages zeitigt die nämliche Wirkung; man versteht unter ihm gemäß gesetzlicher[1]) Terminologie die Lösung eines einseitigen Vertrags oder wenigstens einstweilen einseitig bindenden Vertrags (negotium claudicans) durch Rücktritt des aus ihm Verpflichteten. Zum Unterschied hiervon wird durch die Kündigung das Vertragsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht tangiert; auch ruht sie auf anderen Voraussetzungen.

Interessant, aber nicht zu billigen ist die Auffassung von Immerwahr,[2]) die fristlose Kündigung sei gar keine Kündigung, sondern ein durch die Rechtsordnung erlaubter Rücktritt vom Vertrage. Zu dieser Auffassung kann nur gelangen, wer wie Immerwahr einmal den Rücktrittsbegriff weiter faßt wie die herrschende Meinung und außerdem lediglich dann von Kündigung spricht, wenn die Fortdauer oder Beendigung des Rechtsverhältnisses allein in das freie Belieben des Vertragsbeendigenden gestellt war. Nimmt man nämlich dieses Postulat in die Definition der Kündigung auf, dann liegt allerdings eine Kündigung nicht vor, wenn nicht freies Belieben einer Partei, sondern Vorhandensein eines wichtigen Grundes für die Beendigung des Vertrages ausschlaggebend ist.

§ 3.

Für die Kündigung des Handlungsgehilfenverhältnisses sind in erster Reihe die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches in §§ 66 ff. maßgebend. Ergänzend kommen gewisse im Verlaufe dieser Untersuchung anzuführende Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Anwendung (Art. 2 EG. z. HGB.). Wie das

[1]) vgl. BGB. §§ 81, 109, 178 usw.

[2]) S. 2.

bürgerliche Recht, so kennt auch das Handelsgesetzbuch zwei Arten der Kündigung: die Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist und die ohne Einhaltung einer solchen Frist (HGB. §§ 66, 70; BGB. §§ 621 ff., 626), oder kürzer: die befristete Kündigung, die wir, weil sie die Regel bildet, die ordentliche nennen wollen, und die fristlose oder außerordentliche Kündigung.

Die ordentliche Kündigung gewährt dem gekündigten Teile, weil der Vertrag nach erfolgter Kündigung noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortwirkt, hinreichende Zeit, sich um einen Ersatz für den Kündigenden zu bemühen. Sie greift deshalb in seine ökonomischen Verhältnisse nicht sonderlich störend ein. Sie kann daher mangels Parteiabrede auch grundlos, ohne sichtbaren Anlaß erfolgen; der Gesetzgeber hat besondere Voraussetzungen für sie nicht aufgestellt. Dagegen wird für die fristlose Kündigung das Vorliegen eines wichtigen Grundes vom Gesetze verlangt. Denn die fristlose Kündigung, die den Vertrag in dem Augenblicke aufhebt, in dem sie ausgesprochen wird, ist allerdings von einschneidender Bedeutung für die wirtschaftliche Lage des Gekündigten. Man denke nur an den Handlungsgehilfen, der zu Zeiten geschäftlichen Stillstands vor die Tür gesetzt wird und wochenlang trotz eifrigster Bemühung stellungslos, d. h. erwerbslos bleibt.

§§ 66—69 HGB. handeln von der ordentlichen, §§ 70—72 von der außerordentlichen Kündigung.

§ 66 lautet: Das Dienstverhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Teile für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden.

Diese „gesetzliche“ Kündigung greift Platz, wenn keine andere zulässige unter den Parteien ausgemacht ist. § 66 enthält also dispositives Recht. Das geht aus §§ 67 ff. hervor, die aber auch dartun, daß und welche Schranken der Vertragsfreiheit in der Hinsicht gesetzt sind.

Nach § 66 kann nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs gekündigt werden, also nur für den 31. März, 30. Juni,

30. September, 31. Dezember. Es empfahl sich die gesetzliche Festlegung bestimmter Tage als Personalwechseltage, weil so das Verhältnis von Angebot und Nachfrage am günstigsten reguliert wird.

Es ist eine Kündigungsfrist von sechs Wochen, das sind 42 Tage, einzuhalten. Mithin ist es nach dem bisher Gesagten in Verbindung mit § 187 Abs. 1 BGB. erforderlich, daß die Kündigung dem Vertragsgegner am 17. (im Schaltjahr am 18.) Februar, am 19. Mai, 19. August, 19. November spätestens zugeht. Fällt dieser Tag auf einen Sonntag oder einen am Erklärungsorte staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, so tritt an die Stelle des Sonntags oder des Feiertags der nächstfolgende Werktag. Denn die Vorschrift des § 193 BGB. ist ohne Zweifel zugunsten des Erklärenden gegeben; deshalb ist bei der zurückzurechnenden Kündigungsfrist ihre Verkürzung als dem Sinne jener Bestimmung entsprechend anzusehen.[1]) Die entgegenstehende Meinung,[2]) § 193 BGB. erheische Kündigung an dem dem Sonntag vorausgehenden Werktage, ist deshalb zu verwerfen.

Eine längere als sechswöchige Kündigungsfrist ist nicht geboten, übrigens unschädlich. Die unter Kaufleuten verbreitete Meinung, es müsse am 15. Februar, 15. Mai, 15. August, 15. November gekündigt werden, ist demnach irrig.

Eine zur unrichtigen Zeit oder auf einen unrichtigen Zeitpunkt erfolgte Kündigung wird zumeist nach der Absicht des Kündigenden, wie oben[3]) ausgeführt, nicht schlechthin unwirksam sein. Einige Beispiele mögen dies erläutern:

Der Prinzipal kündigt seinem Handlungsgehilfen am 20. Februar für den 31. März. Da die sechswöchige Kündigungsfrist nicht gewahrt ist, kann der Vertrag mit dem 31. März nicht sein Ende erreicht haben. Wenn die Absicht des Kündigenden aber dahin ging, dem Vertrage jedenfalls ein Ende zu machen, so erlischt das Dienstverhältnis mit dem 30. Juni. Daß die Kündigungsfrist hier nahezu zwölf Wochen beträgt, steht dem

---

[1]) Makower S. 209; Lehmann-Ring S. 167.
[2]) Staub S. 311; Horrwitz S. 125.
[3]) S. 7.

nicht entgegen; denn die gesetzliche sechswöchige Frist ist Minimal-, nicht Maximalfrist.

Der Prinzipal kündigt seinem Handlungsgehilfen am 19. Mai für den 31. Mai. Das ist ungesetzlich; denn weder ist die sechswöchige Kündigungsfrist beobachtet, noch ist für den Schluß eines Quartals gekündigt. Für den 31. Mai kann die Kündigung also nicht wirksam sein. Wohl aber beendet sie in der Regel den Vertrag zum gesetzlichen Termine, dem 30. Juni. Denn der Kündigende will lieber, daß das Dienstverhältnis am 30. Juni, als gar nicht zu Ende gehe.

Es ist zulässig, daß der Vertrag am 17. Februar für den 31. Dezember aufgekündigt werde; die Verlängerung der Kündigungsfrist ist schlechthin erlaubt, wenn nur auch zugleich für Ende eines Quartals — nicht notwendig des laufenden Quartals — gekündigt wird. An sich liegt in der Kündigung mit solch langer Frist noch kein Verzicht auf das Kündigungsrecht für einen früheren Zeitpunkt. Es kann aber so gemeint sein. Hat nämlich der Gekündigte die weite Kündigung ausdrücklich angenommen, so liegt möglicherweise von jetzt ab Vertrag auf bestimmte Zeit vor; dieser kann nicht durch ordentliche Kündigung vorzeitig beendet werden.

Aus dem Sinn und Wortlaut des § 66 folgt, daß der Paragraph nur auf Verträge Anwendung findet, die für unbestimmte Zeit eingegangen sind oder die nach dem Ablauf der bestimmten Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des andern Teils fortgesetzt werden, ohne daß der andere Teil unverzüglich widerspricht; denn ein solches Dienstverhältnis gilt nach § 625 BGB. als auf unbestimmte — nicht etwa auf die gleiche — Zeit verlängert (relocatio tacita).

Für andre Verträge gilt im allgemeinen § 620 BGB.. Darnach endigt ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis ohne weiteres mit dem Ablaufe dieser Zeit. Das gilt natürlich auch für den Dienstvertrag zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen. Für ordentliche Kündigung ist hier kein Raum. Diesem Vertrag steht jener gleich, der zwar nicht für eine kalendermäßig festgelegte Zeit geschlossen ist, dessen beabsichtigte Geltungsdauer sich aber zuverlässig aus der Beschaffenheit oder

dem Zwecke der zu leistenden Dienste entnehmen läßt (BGB. § 620 Abs. 2), zum Beispiel ein Handlungsgehilfe wird für eine, der Route nach genau vorgeschriebene Geschäftsreise[1]) oder als Verkäufer für ein bestimmtes vorhandenes Warenlager engagiert. Ein solcher Vertrag kann wie der auf bestimmte Zeit eingegangene vor Ablauf der notwendigen bezw. vereinbarten Zeit nur gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (HGB. § 70).

Für den Fall, daß über das Vermögen des Prinzipals Konkurs, auch Nachlaßkonkurs, verhängt wird, gilt Besonderes. Nach § 22 KO. sind alsdann beide Teile berechtigt, das Dienstverhältnis ohne Rücksicht auf seine vereinbarte Dauer mit der gesetzlichen Kündigungsfrist von sechs Wochen oder, wo eine kürzere rechtswirksam vereinbart ist, mit dieser aufzukündigen. War eine sechs Wochen übersteigende Kündigungsfrist ausgemacht, so kann gleichwohl mit der gesetzlichen gekündigt werden. Ein bestimmter Zeitpunkt, bis zu welchem die Kündigung ausgesprochen sein muß, ist vom Gesetz nicht vorgesehen; sie braucht also nicht notwendig zu Beginn des Konkursverfahrens erklärt zu werden.

Kündigt der Konkursverwalter, so hat der Handlungsgehilfe wegen des aus dem letzten Jahre vor der Konkurseröffnung rückständigen Gehalts eine privilegierte Konkursforderung (§ 61 Ziff. 1 KO.). Die Forderung von Gehalt auf die Zeit nach der Eröffnung des Konkursverfahrens ist Masseschuld (KO. § 59 Ziff. 2). Hierzu rechnet selbst die Forderung für Dienstleistungen, durch die die Masse nicht gefördert wird.[2]) Für den Schaden, den der Handlungsgehilfe durch die vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses erleidet, hat er eine gewöhnliche Konkursforderung (KO. § 22 Abs. 2).

Kündigt der Handlungsgehilfe, so hat er die privilegierte Konkursforderung des § 61 Ziff. 1 KO. die Masseschuldforderung des § 59 Ziff. 2 KO., nicht aber den Schadensersatzanspruch wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses. Übrigens

---

[1]) OLG. Braunschweig in Warneyer Bd. 3 S. 219.

[2]) ROLG. Bd. 11 S. 370.

steht in solchem Falle auch dem andern Teile keine Schadensersatzforderung zu.

Der Konkurs über das Vermögen des Handlungsgehilfen ist in diesem Zusammenhange von keiner Bedeutung. Denn der Anspruch des Prinzipals auf die Dienstleistungen ist, wie ohne weiteres einleuchtet, überhaupt keine Konkursforderung, weil die Leistung der Dienste nicht aus der Konkursmasse erfolgen kann.

Eine weitere Ausnahmebestimmung enthält § 624 BGB.: Ist das Dienstverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so kann es von dem Verpflichteten — nicht von dem Dienstberechtigten — nach dem Ablauf von fünf Jahren mit sechsmonatiger Kündigungsfrist auch ohne wichtigen Grund aufgekündigt werden. Das gilt auch von dem Handlungsgehilfenvertrag. HGB § 66 steht dem nicht entgegen. Denn dieser Paragraph handelt ja von den auf unbestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnissen, während hier ein Vertrag von bestimmter Zeitdauer vorausgesetzt wird; auch der Vertrag auf Lebenszeit ist, zwar auf eine ungewisse, aber nicht eine unbestimmte Zeit abgeschlossen. Der Handlungsgehilfe, der sich für länger als fünf Jahre gebunden hat, kann also nach Ablauf von fünf Jahren unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist kündigen. Auf dieses Recht kann er nicht im voraus wirksam verzichten.

Wurde beim Engagement dem Handlungsgehilfen gesagt, er werde hier eine Lebensstellung, einen Posten für Lebenszeit finden, so sind dies unverbindliche Redensarten; keineswegs involvieren sie die Abrede eines Dienstverhältnisses auf Lebenszeit.[1]) Vielmehr handelt es sich um einen auf unbestimmte Zeit eingegangenen Vertrag, der mangels Parteivereinbarung der gesetzlichen Kündigung des § 66 HGB. unterliegt.

Bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrage wurde vereinbart, daß das Dienstverhältnis beim Verkaufe des Geschäftes enden solle. Das Oberlandesgericht Karlsruhe[2]) hat

---

[1]) ROLG. Bd. 3 S. 411; vgl. auch RG. in Seuffert Bd. 63 S. 56.
[2]) In DJZ. 1900 S. 363.

den Vertrag dahin ausgelegt, daß im Falle und im Augenblick des Geschäftsverkaufes das Kündigungsrecht nach § 66 gegeben sein soll.

Aus dem bisher Gesagten geht hervor, daß sowohl für die Dauer des Dienstverhältnisses als auch für seine ordentliche Aufkündigung in erster Linie der Dienstvertrag maßgebend ist. Für die Auslegung des Vertrags zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen ist nicht etwa § 621 BGB. zugrunde zu legen. Das folgt schon daraus, daß § 621 BGB. tägliche und wöchentliche Kündigung für zulässig, § 67 HGB. aber für unstatthaft erklärt. Die Frage der „gesetzlichen" Kündigung ist eben im Handelsgesetzbuch erschöpfend in § 66, wie im Gebiete des bürgerlichen Rechts durch BGB. § 621 geregelt. Und weil § 66 HGB. die Zeitdauer, für welche das Gehalt vereinbart wird, ganz außer acht läßt, ist auch bei der Auslegung des Vertrags über etwa gewollte Kündigungsabreden hierauf kein Gewicht zu legen. So schließt die Vereinbarung eines Jahreshonorars nicht aus, daß der Vertrag bereits im ersten Vierteljahr gemäß § 66 HGB. gekündigt wird.[1])

Ist im Prozesse streitig, ob eine Vereinbarung über die Kündigung getroffen wurde oder nicht, so liegt die Beweisführung demjenigen ob, der seinen Anspruch darauf gründet oder den gegnerischen Anspruch damit zurückweist, daß eine Kündigungsvereinbarung getroffen sei. Denn die Abrede der Kündigung ist ein accidentale negotii. Und nach konstanter, auch vom Reichsgericht[2]) gebilligter Rechtsprechung müssen die Akzidentalien eines Rechtsgeschäfts im Gegensatze zu seinen Naturalien bewiesen werden.

Sind die Parteien zwar darüber einverstanden, daß eine Kündigungsabrede getroffen ist, besteht aber über deren Inhalt Streit, so hat derjenige seine Behauptung nachzuweisen, der auf sie einen Anspruch gründet, sei es als Kläger, sei es als Beklagter im Wege der Aufrechnungseinrede. Staub[3]) vertritt für diesen Fall freilich die Meinung: bei Streit darüber, welche

[1]) Busch Bd. 26 S. 269.
[2]) z. B. ERZ. Bd. 57 S. 50.
[3]) S. 110; auch Horrwitz S. 181.

von der Gesetzesregel des § 66 abweichende Kündigungsfrist vereinbart war, habe der zu beweisen, dessen Darstellung sich am weitesten von der Gesetzesregel entfernt. Allein diese ohne nähere Begründung mitgeteilte Ansicht erscheint willkürlich. Sie gibt auch keinen Aufschluß, wie es mit der Beweislast zu halten sei, wenn die eine Partei vierwöchige, die andere achtwöchige Kündigungsfrist, also beide gleichweit von der Gesetzesregel entfernte Vereinbarungen behaupten.

Einige Beispiele mögen das Gesagte veranschaulichen. Ein Prinzipal hat seinem Angestellten am 31. Januar für den 28. Februar gekündigt und das Salär bis dahin ausgezahlt. Der Gehilfe fordert im Klagewege das Gehalt für Monat März mit der Behauptung, über die Kündigung sei nichts vereinbart gewesen, es gelte also die gesetzliche; mithin könne die am 31. Januar erfolgte Kündigung erst für den 31. März wirken, und er habe bis zu diesem Termine Anspruch auf sein Gehalt. Hat der Prinzipal den Nachweis der behaupteten Verabredung über monatige Kündigung zu führen? Oder muß der Gehilfe beweisen, daß keine Kündigungsabrede getroffen war? Nach dem oben Gesagten erhellt, daß die Beweislast dem Prinzipale obliegt. Hätte dagegen der Handlungsgehilfe mit der Behauptung geklagt, es sei vierteljährliche Kündigung *vereinbart* worden, so müßte er die Richtigkeit dieser vom Gegner bestrittenen Behauptung nachweisen. Denn hier stützt er den Klaganspruch nicht auf ein naturale, das aus § 66 HGB. folgte, sondern auf eine Parteiabrede, also ein accidentale. Nach der von *Staub* vertretenen Meinung wäre anders zu entscheiden.

§ 4.

Es ist zulässig, die gesetzliche Kündigungsmöglichkeit durch eine andere, vertragliche zu ersetzen. Sowohl im Anstellungsvertrage kann eine von § 66 abweichende Regelung der Kündigungfrage vereinbart werden als auch später im Laufe des Dienstverhältnisses. Jedoch ist nicht jede beliebige Abrede zugelassen.[1]) Das Gesetz will als „soziales“ Gesetz verhüten, daß der Prinzipal

[1]) Anders im früheren Rechte ADHGB. Art. 61 Abs. 1 Satz 2.

seine wirtschaftliche Überlegenheit über den Handlungsgehilfen dazu ausnutze, ihm ungünstige Vertragsbestimmungen aufzunötigen. Deshalb gibt § 67 mehrere Grenzvorschriften bezüglich der Vertragsfreiheit bei Kündigungsabreden und bestimmt in seinem vierten Absatze: eine Vereinbarung, die diesen (jetzt zu besprechenden) Vorschriften zuwiderläuft, ist nichtig.

Die Vereinbarung über die Kündigung enthält gewöhnlich zwei Momente, gleich der gesetzlichen Kündigung des § 66: einmal den Termin, für den die Kündigung zulässig sein soll, und sodann die Kündigungsfrist, welche einzuhalten ist.

Was zunächst die Kündigungsfrist anlangt, so gestattet § 67 Abs. 1 ausdrücklich, eine kürzere oder längere Frist als die gesetzliche sechswöchige zu vereinbaren; natürlich kann auch die Frist von sechs Wochen selber durch Vertrag festgelegt werden. Die Kündigungsfrist muß jedoch für beide Teile gleich sein, und sie darf nicht weniger als einen Monat betragen.

Den Endpunkt des Dienstverhältnisses betreffend, schreibt § 67 Abs. 2 vor: Die Kündigung kann nur für den Schluß eines Kalendermonats zugelassen werden. Dabei ist gleichgültig, welche Kündigungsfrist zu beobachten ist; der Satz gilt bei monatiger Kündigungsfrist so gut wie bei halbjähriger. Die Vorschrift entspricht, wie die Denkschrift[1]) mit Recht sagt, dem Interesse aller Beteiligten, weil so die Nachfrage nach Stellen und das Angebot von Stellen am leichtesten und sichersten seine Ausgleichung findet.

Die Bestimmungen des § 67 gelten — mit der Ausnahme des Abs. 3 — nur für einen auf unbestimmte Zeit eingegangenen Vertrag. Ist der Vertrag auf bestimmte Zeit abgeschlossen, so kann er immerhin im Laufe des Monats sein Ende finden. Da er ohne Kündigung abläuft, ist § 67 Abs. 2 schon dem Wortlaut nach unanwendbar. Aber auch die sozialpolitischen Bedenken fallen hier weg, die sonst gegen die Zulassung einer vor Monatsende erfolgenden Dienstlösung sprechen; denn jeder Teil weiß von Anfang an den Endtermin des Vertragsverhältnisses und kann geeignete Vorkehrungen für die spätere Zeit

[1]) S. 60 (v. Hahn S. 239).

treffen. Der am 8. Februar auf einen Monat engagierte Handlungsgehilfe beendigt seine Stellung also am Abend des 8. März (BGB. §§ 188 Abs. 2, 187 Abs. 1); § 67 Abs. 2 HGB. ändert hieran nichts.

Als die kürzeste zulässige Kündigungsfrist bestimmt das Gesetz einen Monat. Das ist an sich nicht gleichbedeutend mit vier Wochen. Und eine strenge Auffassung[1]) hat in der Tat die Abrede einer vierwöchigen Kündigungsfrist für ungesetzlich und nichtig erklärt. Mit Staub[2]) wird sie aber regelmäßig auf Grund des Sprachgebrauchs als Vereinbarung monatiger Kündigungsfrist auszulegen und als solche aufrechtzuerhalten sein. In Befolgung des § 187 Abs. 1 BGB. ist dann am letzten Tage des Vormonats zu kündigen, nicht etwa am Monatsersten.

Es kann unter den Parteien von vornherein verabredet sein, der auf bestimmte Zeit geschlossene Vertrag solle nach Ablauf dieser Zeit fortdauern, sei es auf eine bestimmte Zeit, etwa auf ein weiteres Jahr, sei es auf unbestimmte Zeit, wenn nicht der Vertrag ausdrücklich von einem Teile unter Einhaltung einer gewissen Kündigungsfrist aufgekündigt wird. Diese von Lehmann-Ring[3]) als „unechte“ Kündigung ausgegebene Kündigung wird in § 67 Abs. 3 behandelt. Lehmann-Ring lassen sie nicht als echte gelten, weil ein Dienstvertrag, der auf bestimmte Zeit geschlossen war, mit dem Ablaufe dieser Zeit ohne weiteres zu Ende gehe (BGB. § 620 Abs. 1), eine Kündigung also logisch ausgeschlossen sei. Die sogen. Kündigung habe vielmehr im Grunde die Natur einer Protestation; man verwahre sich durch sie gegen die Fortsetzung des Vertrags, die vereinbarungsgemäß ohnedem folgen müsse. Man mag sich diesen Ausführungen anschließen oder nicht: sie haben lediglich theoretische Bedeutung; denn auch Lehmann-Ring wollen auf diese „unechte“ Kündigung alle Regeln über die echte angewendet wissen.

Von dem bereits erwähnten Falle des § 625 BGB. unterscheidet sich der hier charakterisierte dadurch, daß die Fort-

---

[1]) GKG. Bd. 12 S. 86.
[2]) S. 314.
[3]) S. 167.

setzung des Dienstverhältnisses über die bestimmte Zeit hinaus nicht auf stillschweigendem Einverständnisse, sondern auf vorheriger Verabredung beruht. Wenn in diesem Falle vor Ablauf der Vertragszeit „protestiert" werden muß, um ihre Fortdauer auszuschließen, so wird in § 625 BGB. zur Vermeidung der Fortdauer des Vertrags unverzüglicher Widerspruch nach dem Ablaufe der Dienstzeit gefordert. Die Sachlage des § 625 BGB. bringt es mit sich, daß wenn protestiert wird, dies nur der Prinzipal tun kann; im Falle des § 67 Abs. 3 kann auch der Handlungsgehilfe der Protestierende sein.

Wie lange vor Ablauf der bestimmten Vertragsdauer muß solchenfalls protestiert oder, wie das Gesetz sagt, gekündigt werden? Diese Frist, vom Gesetzgeber konsequenterweise als Kündigungsfrist bezeichnet, muß zum wenigsten auf einen Monat bemessen werden. Sie kann auch länger sein, immer aber muß sie für beide Teile gleich sein. Enthält sich der Vertrag einer Bestimmung über ihre Länge, so gilt die gesetzliche Kündigungsfrist von sechs Wochen.[1]) Daß der Vertrag nach dieser Kündigung gerade am Schlusse eines Kalendermonats zu Ende gehe, ist nicht nötig; nur die Vorschriften des ersten, nicht des zweiten Absatzes von § 67 finden in dem besprochenen Falle Anwendung (§ 67 Abs. 3). Ein Beispiel: Der Handlungsgehilfe wird am 5. Februar für die Zeit bis zum 5. August mit der Abrede angestellt, daß der Vertrag sich auf ein Jahr — oder auf unbestimmte Zeit — fortsetzen solle, wenn er nicht mit einmonatiger Kündigungsfrist aufgekündigt werde. Erfolgt hier spätestens am 5. Juli die Kündigung, so ist das Dienstverhältnis mit dem 5. August zu Ende. Sonst läuft es weiter, in obigem Beispiel auf ein Jahr, endigt also ohne Kündigung mit dem 5. August des nächsten Jahres. Hatte sich der Vertrag auf unbestimmte Zeit fortgesetzt, so kann er nur durch Kündigung beendigt werden, die in Ermanglung besonderer Vereinbarung den Regeln des § 66 unterliegt; sind für sie Vereinbarungen getroffen, so ist § 67 Abs. 1 u. 2 zu beachten. Zulässig ist, daß sich die Prolongationszeit abredegemäß weiter auf bestimmte

[1]) Ebenso Staub S. 313.

oder unbestimmte Dauer verlängert, wenn nicht rechtzeitig von dem einen Vertragsteile gekündigt wird; dann kommen die gleichen Grundsätze zur Anwendung.

Eine den Vorschriften in § 67 Abs. 1—3 zuwiderlaufende Vereinbarung verfällt der Nichtigkeit (§ 67 Abs. 4). Ob damit der ganze Vertrag nichtig wird, entscheidet sich richtiger Ansicht nach gemäß § 139 BGB.: Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist es das ganze Rechtsgeschäft, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

Es ist nicht einzusehen, weshalb dieser allgemeingültige Rechtssatz, wie Staub[1]) es will, gerade für den Dienstvertrag zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen nicht gelten soll. Zwar ist die Tendenz der Vorschrift in § 67 Abs. 4, darin ist Staub beizupflichten, offenbar, den Handlungsgehilfen besser zu stellen, als er ohne die Vorschrift wäre. Allein Staub geht doch wohl zu weit, wenn er sagt, dem Willen des Gesetzes entspreche, daß die Abrede zwar nichtig sei, der Vertrag aber regelmäßig bestehen bleibe; nur wenn ausnahmsweise der gegenteilige Parteiwille aus der Sachlage hervorgehe, würde der ganze Vertrag für nichtig zu halten sein. Denn das heißt die Vorschrift des § 139 BGB. in ihr Gegenteil verkehren. Der Hinweis auf Art. 2 Abs. 1 EG. z. HGB. schlägt unseres Erachtens nicht durch; nirgends im Handelsgesetzbuch findet sich eine „Bestimmung", die § 139 BGB. für Handelssachen nicht angewendet wissen will. Mit Lehmann-Ring[2]) wird aber Staub so viel zuzugeben sein, daß tatsächlich Gültigkeit des Dienstvertrags im übrigen die Regel bilden wird. Dies folgt aus § 139 BGB. selber, weil allerdings regelmäßig anzunehmen sein wird, daß die Parteien den Dienstvertrag auch ohne die — nichtige — Kündigungsabrede geschlossen haben würden.

Wenn nur die Kündigungsabrede, nicht der ganze Dienstvertrag nichtig ist, so fragt sich, welche Kündigungsbedingungen dann für die Parteien maßgebend sein sollen. Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein: mangels — gültiger — Parteivereinbarung

---

[1]) S. 298.
[2]) S. 168.

treten die gesetzlichen Vorschriften des § 66 in Kraft. Sie sind ja gerade dazu bestimmt, dort, wo Parteivereinbarungen fehlen, die Richtschnur zu geben. Unrichtig, weil aus dem Gesetz nicht zu begründen, erscheint die vereinzelt auftauchende Meinung: an Stelle der nichtigen Kündigungsabrede trete die ihr ähnlichste gesetzlich zugelassene; an Stelle der nichtigen täglichen Kündigung trete diejenige mit monatiger Frist, weil der Vertragswille unstreitig auf die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Kündigungsfrist gerichtet gewesen und deshalb die monatige am ehesten der Absicht der Parteien entsprechend sei.[1]) War dagegen ursprünglich eine gesetzlich zulässige Kündigungsfrist vereinbart und ist diese nachträglich in eine unzulässige umgewandelt worden, so tritt nicht die gesetzliche, sondern die ursprüngliche Kündigungsfrist in Kraft;[2]) denn sie ist durch die unwirksame neue Beredung nicht aufgehoben worden.

Ist zwar eine zulässige Kündigungsfrist, aber kein oder kein zulässiger Endtermin des Vertragsverhältnisses vereinbart, so gilt der gesetzliche des § 66: Das Dienstverhältnis ... kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Teile für den Schluß eines Kalendervierteljahres ... gekündigt werden. An Stelle der im § 66 vorgesehenen sechswöchigen Kündigungsfrist ist dann die vereinbarte einzuhalten. Nicht etwa soll, wie Staub[3]) anzunehmen scheint, die Bestimmung in § 67 Abs. 2 den Endtermin für die Fälle festsetzen, wo der Vertrag nichts über ihn enthält. Denn seine Vorschrift: „Die Kündigung kann nur für den Schluß eines Kalendermonats zugelassen werden“ ist lediglich für Parteivereinbarungen maßgeblich. Das geht aus Wortlaut und Stellung des Gesetzes hervor. Während § 66 die mangels Parteiabrede geltenden Kündigungsbedingungen normiert, bestimmt § 67 und also auch sein Abs. 2, welche Parteivereinbarung zulässig, welche unzulässig sein soll. Auch aus dem Wortlaut folgt das. Es heißt nicht „Die Kündigung ist nur für den Schluß eines Kalendermonats zulässig“, sondern

---

[1]) So JKG. S. 216; wie wir ROLG. Bd. 1 S. 73.

[2]) BRK. 1900 S. 22.

[3]) S. 314; ebenso Düringer-Hachenburg S. 433.

„Die Kündigung kann nur . . . zugelassen werden", nämlich vom Vertrage der Parteien; läßt der Vertrag anderes zu, so tritt Nichtigkeit der Bestimmung gemäß Abs. 4 ein. Der Vorschrift in Abs. 2 darüber hinaus eine größere Bedeutung zuzusprechen, gleich als ob sie eine vertragergänzende, nicht nur vertragbeschränkende Vorschrift wäre, geht zu weit. Dafür ist eben § 66 da. Wenn Staub ohne Begründung die Behauptung aufstellt, die Kündigung aus § 66 greife nur Platz auf die nicht vertraglich bestimmten (gesetzlichen) Kündigungsfristen,[1]) so übersieht er, daß § 66 eben nicht bloß über die Kündigungsfristen verfügt, sondern auch über den Endtermin des Vertragsverhältnisses. Diesen Teil des § 66 auf unseren Fall anzuwenden, verbietet das Gesetz nirgends. Unrichtig wäre es, die Bestimmungen des § 66 über Kündigungsfrist und Endtermin als untrennbar anzusehen, als ob das eine nicht ohne dem andern sein könnte. § 67 hebt die Trennbarkeit freilich schärfer hervor, indem er Kündigungsfrist und Endtermin in zwei besonderen Absätzen behandelt. Wenn der Gesetzgeber in § 66 beide Bestimmungen in einen Satz zusammengezogen hat, so sollte deshalb doch nichts über unlösbare Zusammengehörigkeit gesagt sein. Die Sache liegt vielmehr so: Trifft der Vertrag weder über Kündigungsfrist noch über Endtermin eine Bestimmung, so gilt § 66 durchaus; verfügt der Vertrag über das eine oder das andere — und das kann er in den Grenzen, die § 67 gezogen hat —, so gilt § 66 nur, soweit er nicht durch Parteivereinbarung ausgeschaltet ist.

Eine andere Frage ist, ob etwa in den sonstigen Abmachungen der Vertragschließenden eine stillschweigende Einigung über den Endtermin zu erblicken sei. Im Wege der Auslegung wird in der Tat häufig auch dort, wo über den Endtermin nichts ausdrücklich vereinbart wurde, ein näherer Endtermin denn das Ende jedes Quartals als vereinbart anzunehmen sein.[2])

Ist jede den Vorschriften des § 67 zuwiderlaufende Abrede nichtig? Zwei Meinungen stehen sich gegenüber: aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes erhelle die Absicht des Gesetzgebers, jeder

---

[1]) Wie Staub RG. in JurW. 1905 S. 502.

[2]) Ebenso ROLG. Bd. 8 S. 96.

abweichenden Vereinbarung die Wirksamkeit zu versagen,[1]) und die herrschende Ansicht: mit Rücksicht auf die handlungsgehilfenfreundliche Tendenz der Bestimmungen ist § 67 Abs. 4 einschränkend dahin auszulegen, daß nur die dem Handlungsgehilfen ungünstigen abweichenden Parteivereinbarungen der Nichtigkeit verfallen sollen.[2])

Wenn wir uns dieser letzten Meinung anschließen, so geschieht es in der Erwägung, daß sie allein den Sinn der gesetzlichen Vorschriften trifft, die offensichtlich den Handlungsgehilfen schützen, ihn nicht schlechter stellen wollen; er würde aber schlechter gestellt werden, wenn auch die ihm günstige Abrede unter Umständen nichtig sein sollte. Goldmanns Argumentation für die gegenteilige Meinung ist nicht überzeugend. Das Gesetz hätte, führt er aus, wenn es eine Ungleichheit der Kündigungsfristen zugunsten des Handlungsgehilfen für zulässig erachten wollte, die von ihm beliebte Fassung nicht wählen dürfen; es habe mit seinen Vorschriften selbst bei strenger Auslegung dem Handlungsgehilfen einen hinreichenden Schutz gegeben, und endlich dürfe es doch auch die Interessen des Prinzipals nicht außer acht lassen. Hiergegen ist einzuwenden, daß der Geschäftsherr dank seiner ökonomischen Überlegenheit gewiß nicht für den Vertragsabschluß gesetzlichen Beistands bedarf, der Stellung suchende Handlungsgehilfe aber um so mehr; ist der Gehilfe ausnahmsweise infolge hervorragender Stellung wirtschaftlich durchaus gesichert, so stehen ihm die Schutzvorschriften des § 67 nicht mehr zur Seite (§ 68). Was die Fassung des Gesetzes anlangt, so kann sie allein nicht maßgebend sein, wenn nur aus dem Gesetz, ohne ihm Gewalt anzutun, eine den praktischen Bedürfnissen und dem gesunden Rechtsgefühle entsprechende Absicht des Gesetzgebers herauszulesen ist. Es sei in dieser Beziehung an die treffliche Rechtsregel erinnert, die, ursprünglich für Privatwillenserklärungen aufgestellt, zweifellos auch auf Erklärungen des Gesetzgebers selber Anwendung leidet, an die

[1]) Lehmann-Ring S. 168; Goldmann S. 326; Horrwitz S. 120; ROLG. Bd. 14 S. 343.

[2]) Staub S. 313; Düringer-Hachenburg S. 435; Makower S. 211; RG. in JurW. 1908 S. 436.

Regel nämlich: Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGB. § 133).

Nach der hier vertretenen Meinung sind also folgende Abreden zulässig: Der Handlungsgehilfe wird auf drei Jahre mit der Maßgabe angestellt, daß das Dienstverhältnis weitere drei Jahre fortdauern soll, wenn es nicht spätestens ein halbes Jahr vor Ablauf der drei Jahre vom Prinzipal oder spätestens einen Monat vor Ablauf der drei Jahre vom Handlungsgehilfen aufgekündigt wird. Der auf unbestimmte Zeit angestellte Handlungsgehilfe ist berechtigt, den Vertrag mit monatiger Kündigungsfrist für das Ende jeden Monats, der Prinzipal nur mit sechswöchiger Kündigungsfrist für das Ende jeden Quartals zu kündigen. In allen solchen Fällen würde der Handlungsgehilfe bei strenger Auslegung des Gesetzes insofern schlechter gestellt sein, als für die darnach nichtige Kündigungsabrede die ihm weniger günstige gesetzliche Kündigungsnorm eintreten müßte.

Im einzelnen ist nach dem bisher Gesagten zu bemerken:

Wenn nur für einen Teil eine Kündigungsfrist oder ein Endtermin ausbedungen ist, so gilt das nämliche im Zweifel auch für den andern.[1]) Denn gleiche Kündigungsfrist ist, weil sie der gesetzlichen Vorschrift entspricht, regelmäßig als von den Parteien gewollt zu unterstellen. Daß für beide Parteien der nämliche Endtermin gelten müsse, ist zwar nicht gesetzliche Vorschrift, in Ermanglung anderweiter Abrede wird es aber als stillschweigende Absicht der Parteien anzunehmen sein.

Die Vereinbarung täglicher, wöchentlicher Kündigung für beide Vertragsteile ist unzulässig, denn sie verstößt gegen § 67 Abs. 1. Dies gilt natürlich auch für Minderkaufleute, das sind Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht (HGB. § 4); denn sie sind vom Gesetze nicht ausgenommen. Es ist daher unwirksam, wenn, wie oft geschieht, ein Bäcker oder Fleischer seine Verkäuferin mit vierzehntägiger Kündigungsfrist anstellt.

Wurde unter den Parteien ausgemacht, der Prinzipal solle

---

[1]) Ebenso Lehmann-Ring S. 168.

mit vierzehntägiger Frist, der Handlungsgehilfe nur mit dreimonatiger kündigen dürfen, so liegt gleichfalls nichtige Abrede vor. Dagegen ist die umgekehrte Abmachung völlig gültig; die Abrede, der Chef dürfe nur mit dreimonatiger, der Handlungsgehilfe aber nur mit vierzehntägiger Frist kündigen, widerspricht zwar zweifach dem § 67 Abs. 1, allein bei ihr ist der Handlungsgehilfe offenbar weit besser als der Prinzipal gestellt.

Wird weiter nichts als monatliche Kündigung vereinbart, so ist dies als zulässige Abrede monatiger Kündigungsfrist auszulegen. Es kann alsdann für den Schluß jedes Kalendermonats gekündigt werden. Die Parteien haben das zwar nicht ausdrücklich erklärt, aber stillschweigend ihrer Abrede offenbar zugrunde gelegt; deshalb ist für Anwendung des § 66 kein Raum. Wird nichts weiteres als sechswöchige Kündigungsfrist vereinbart, so greift im Zweifel § 66 ergänzend ein; die Kündigung ist dann nur für Quartalsschluß zulässig.

Folgende Vereinbarung: am 15. jedes Monats darf für den nächsten 15. gekündigt werden, — enthält die zulässige Abrede einer monatigen Kündigungsfrist, verstößt aber gegen § 67 Abs. 2. Deshalb ist sie insoweit nichtig, und in Ermanglung eines vereinbarten oder stillschweigend zu unterstellenden gültigen Endtermines kann das Dienstverhältnis nur für den Schluß jedes Kalendervierteljahres gekündigt werden (§ 66).[1])

Der Prinzipal soll nach dem Vertrage jeden Sonnabend für den folgenden Sonnabend kündigen dürfen, der Gehilfe aber jeden Monatsletzten für Ultimo des nächsten Monats. Diese Abrede ist nichtig (§ 67 Abs. 1, 2, 4); beiderseits kann vielmehr nur für den Schluß eines Quartals unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden. War dagegen das Umgekehrte vereinbart, so bleibt die Abrede nach unserer Auslegung wirksam, weil alsdann der Handlungsgehilfe im Vorteile vor dem Prinzipal wäre.

§ 67 Abs. 4 verordnet Nichtigkeit der Vereinbarungen, die den Vorschriften in Abs. 1—3 zuwiderlaufen. Andere Vereinbarungen sind, auch wenn sie den Handlungsgehilfen schlechter

---

[1]) A. M. Staub S. 314 (für den Schluß jedes Kalendermonats).

als den Prinzipal stellen, vollwirksam, sofern sie nur nicht wider die guten Sitten verstoßen (BGB. § 138 Abs. 1). Wider die guten Sitten würde es beispielsweise sein, wenn an die Kündigung des Gehilfen die Fälligkeit einer Vertragsstrafe oder ein sonstiger finanzieller Nachteil geknüpft wäre, er z. B. im Falle der durch ihn erfolgten Kündigung das ihm während eines Urlaubes gewährte Gehalt zurückzahlen müßte.[1]) Dagegen ist die Abrede zulässig, daß der Prinzipal auch mündlich, der Angestellte jedoch nur mittels eingeschriebenen Briefes kündigen darf. Auch die Vereinbarung muß für möglich und wirksam erklärt werden, daß der Geschäftsherr mit sechswöchiger Kündigungsfrist für Ende jedes Monats, der Gehilfe mit der gleichen Frist nur für Schluß eines Quartals kündigen darf, mit anderen Worten, daß der Geschäftsherr zwölfmal im Jahr, der Gehilfe nur viermal die Möglichkeit der Kündigung hat. Denn § 67 verlangt nur, daß die Kündigungsfrist für beide Teile gleich lang, nicht auch, daß für beide der nämliche Endtermin im Vertrage vorgesehen sei.

Mit diesem Beispiele kommen wir auf die Frage: ist es zulässig, ein für Prinzipal und Handlungsgehilfen verschiedenes Lösungsrecht — zum Unterschiede von verschiedenen Kündigungsbedingungen — zu vereinbaren? Ich sehe nicht, mit welchem Rechte man die Frage verneinen wollte, wenn auch anerkannt werden muß, daß auf dem Umwege der Prinzipal sich eine günstigere Vertragsstellung sichern kann. Nur §§ 624, 138 BGB. beschränken in dieser Hinsicht die Vertragsfreiheit; der erstere, indem er dem Gehilfen in jedem Falle die Kündigung nach fünfjähriger Dienstzeit gestattet, der andere mit seiner allgemeinen Bestimmung, daß ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig sei. § 67 aber beschränkt die Vertragsfreiheit in dieser Hinsicht nicht. Es darf nicht etwa aus § 67 eine allgemeine Absicht des Gesetzgebers herausgelesen werden, jede den Handlungsgehilfen belastende Vertragsklausel verbieten zu wollen. Verbietende Gesetze vertragen eine ausdehnende Auslegung nicht.

Zulässig sind also folgende Abreden: Der Prinzipal darf

---

[1]) DJZ. 1907 S. 488.

mit gesetzlicher Kündigung jederzeit, der Handlungsgehilfe erst nach Ablauf von fünf Jahren kündigen; der Geschäftsherr engagiert den Gehilfen auf drei Jahre, behält sich aber das Recht vor, ihm nach einem Jahre bereits zu kündigen.

Staub[1]) scheint diese Vereinbarung für unwirksam zu halten. Er erklärt es für unzulässig, zu vereinbaren, daß der Geschäftsherr nach Ablauf eines Jahres den Vertrag aufheben (also nicht bloß kündigen) kann, der Gehilfe aber erst nach Ablauf von drei Jahren; darin liege nämlich die Vereinbarung von verschiedenen Kündigungsfristen für beide Teile. Auch der höchste Gerichtshof im Deutschen Reiche steht auf dem Standpunkte, daß von vornherein nicht einseitig auf das Kündigungsrecht verzichtet werden könne; darin liege die Abrede ungleicher Kündigungsfristen, denn die Kündigungsfrist desjenigen, der während einer bestimmten Zeit überhaupt nicht kündigen kann, erscheine im Verhältnis zu der des Vertragsgegners um den Zeitraum verlängert, in welchem sein Kündigungsrecht noch ausgeschlossen ist.[2])

Nach unserem Dafürhalten ist diese Argumentation unzutreffend. Ihr tritt Goldmann[3]) mit Recht entgegen; in der Tat ist nicht ersichtlich, wie hier von Kündigungsfristen die Rede sein kann. Wenn Goldmann im übrigen die Meinung Staubs billigt, so kommt er auf folgendem Wege zum gleichen Resultate: Wie es nach § 67 Abs. 3 u. 1 bei einem für bestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnis unzulässig sei, für die Vereinbarung, daß in Ermanglung einer vor dem Ablaufe der Vertragszeit erfolgten Kündigung das Dienstverhältnis als verlängert gelten soll, eine für beide Teile ungleiche Kündigungsfrist zu bestimmen, — so müsse auch eine Vereinbarung für unzulässig erachtet werden, nach welcher zwar dem einen, nicht aber dem andern Teile das Recht einer innerhalb bestimmter Frist vor dem Ablauf des Vertrags erfolgenden Kündigung und um so mehr eine Vereinbarung, nach welcher zwar dem einen, aber nicht

---

[1]) S. 312.
[2]) RG. in JurW. 1908 S. 436.
[3]) S. 327.

dem andern Teile das Recht zustehen soll, mit dem Ablauf bestimmter Zeit das Dienstverhältnis für beendigt zu erklären.

Uns scheint es indes fraglich, ob wirklich eine Vereinbarung für unzulässig erachtet werden muß, nach welcher, wenn sonst die Voraussetzungen des § 67 Abs. 3 gegeben sind, nur dem einen Teile das Recht zusteht, innerhalb bestimmter Frist vor dem Ablaufe des Vertrags ihn aufzukündigen. § 67 Abs. 3 in Verb. mit Abs. 1 ordnet an, daß die Kündigungsfrist für beide Teile gleich sein soll, hat also zur Voraussetzung, um überhaupt angewendet werden zu können, daß für beide Teile eine Kündigungsfrist vereinbart wurde. In unserem Falle hat sich aber die eine Partei bis zu bestimmter Zeit des Kündigungsrechtes begeben, für sie kann nicht die Rede von einer Kündigungsfrist sein, und damit entfällt die Möglichkeit der Anwendung von § 67. Ist es darnach aber zulässig, daß der Handlungsgehilfe für gewisse Zeit, längstens fünf Jahre (§ 624 BGB.), auf das Recht der Kündigung im voraus verzichtet, es jedoch dem Prinzipale zugesteht, so muß der Prinzipal rechtswirksam sich auch die Füglichkeit der Entlassung nach verabredeter Zeit vorbehalten können.

§ 67 trifft endlich nicht die im Laufe der Vertragsdauer getroffene Vereinbarung, den Vertrag, sei es sofort, sei es nach bestimmter Frist, aufzuheben. Auch die Abrede der Frist unterliegt solchenfalls nicht der Beschränkung des § 67 Abs. 1. Denn die Parteien verabreden damit nicht eine Kündigungsfrist, sondern die befristete Auflösung des Vertrages.

§ 5.

Wir haben bisher gesehen, wie der Anstellungsvertrag zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen in Hinsicht auf Kündigungsvereinbarungen zum Vorteil des schutzbedürftigen Gehilfen vom Gesetzgeber in gewisse Schranken gebannt ist. Aber nicht immer ist der Handlungsgehilfe des Schutzes bedürftig; der vermöge hohen Einkommens wirtschaftlich sichergestellte Handlungsgehilfe kann sich selber schützen, im Verhältnis zu ihm ist völlige Vertragsfreiheit angebracht. Deshalb bestimmt

§ 68 Abs. 1, einem von den Hansestädten ausgesprochenen Wunsche folgend[1]): Die Vorschriften des § 67 finden keine Anwendung, wenn der Handlungsgehilfe einen Gehalt von mindestens 5000 Mk. für das Jahr bezieht.

Unser Handelsgesetzbuch braucht das Wort „Gehalt“ in verschiedenem Sinne; einmal bedeutet es jede Art der Vergütung einschließlich der Provision und Tantième,[2]) ein andermal nur die nicht schwankenden, von vornherein feststehenden Bezüge. Welcher Sinn im einzelnen Falle mit dem Ausdrucke zu verbinden sei, ergibt sich aus Zweck und Zusammenhang der einzelnen Gesetzesstelle. Im gegebenen Falle (§ 68) hat der Gehalt zweifelsfrei die zuletzt genannte Bedeutung. Denn indem § 68 in Verb. mit § 67 für den Inhalt des Anstellungsvertrags bestimmend sein will, ist seine Vorschrift bereits bei der Eingehung des Vertrages in Betracht zu ziehen. Nun ist klar, daß zur Zeit des Vertragsschlusses schwankende Bezüge, wie Provisionen, Gewinnanteile usw. ihrer absoluten Höhe nach nicht festgestellt werden können. Notwendig ist aber, daß die Parteien von vornherein genau wissen, ob ein Fall des § 68 Abs. 1 vorliegt, ob sie gemäß dem Gesetze diese oder jene Kündigungsabrede treffen können. Sie wären nicht in der Lage, wenn man, „Gehalt“ im weiteren Sinne fassend, regelmäßig erst das Ende des Jahres abwarten müßte, um übersehen zu können, ob der „Gehalt“ für das Jahr 5000 Mk. erreicht hat. Dieser unerträglichen Ungewißheit zu begegnen, ist durchaus erforderlich, unter Gehalt hier das feste, von vornherein absolut bestimmte Einkommen des Handlungsgehilfen zu verstehen. Naturalbezüge, Gewährung von freiem Logis, zählen also nicht mit.[3]) Es rechnen auch nicht die unbestimmten Einnahmen, wie Provisionen, Gratifikationen, hierher, sie müßten denn in bestimmter Mindesthöhe garantiert sein. Andererseits sind gesetzliche Abzüge vom Gehalt, z. B. für Krankenversicherungs-Quittungsmarken, ohne Einfluß.

---

[1]) Bericht der Reichstagskommission S. 33 (v. Hahn S. 560).
[2]) z. B. in § 63; Staub S. 301.
[3]) ROLG. Bd. 9 S. 250.

Wie das Gehalt ausgezahlt wird, ist gleichgültig; erfordert wird nur, daß vereinbarungsgemäß das Jahreseinkommen des Handlungsgehilfen mindestens 5000 Mk. beträgt. Man wird, wiewohl der Wortlaut des Gesetzes eine andere Deutung zuläßt, nach dem bisher Gesagten Makower[1]) darin beipflichten, daß § 68 auch gilt, wenn der Handlungsgehilfe das vereinbarte Gehalt von mindestens 5000 Mk. infolge Zahlungsunfähigkeit des Geschäftsherrn z. B. nicht voll ausgezahlt bekommt, also eigentlich nicht „bezieht". Für den Vertrag mit dem Handlungsgehilfen, der auf ein halbes Jahr gegen 3000 Mk. Vergütung angestellt wird, ist § 68 gleichfalls maßgebend, weil hier zwar nicht das tatsächliche, aber das rechnerische Jahreseinkommen 5000 Mk. übersteigt.

War der Handlungsgehilfe trotz geringern Einkommens beispielsweise mit wöchentlicher Kündigung engagiert, so ist diese Kündigungsvereinbarung nach § 67 Abs. 4 nichtig. Steigt jedoch der Gehalt im Laufe des Vertragsverhältnisses auf 5000 Mk., so wird in eben dem Augenblicke die Abrede der wöchentlichen Kündigung wirksam, weil jetzt § 68 eingreift. Man kann es mit Düringer-Hachenburg[2]) damit erklären, daß mit der Abrede der Gehaltserhöhung ein ganz neues Rechtsgeschäft, ein neuer Anstellungsvertrag unter sonst gleichen Bedingungen wie bisher vereinbart werde. Natürlicher erscheint die Konstruktion von Goldmann[3]): im unveränderten Fortbestehen des Dienstverhältnisses nach eingetretener Gehaltserhöhung ist eine beiderseitige Bestätigung der bisher nichtigen Kündigungsabrede zu erblicken, und damit wird sie gemäß § 141 BGB. wirksam. Abzuweisen ist die Ansicht von Horrwitz,[4]) daß ausdrückliche neue Vereinbarung nötig sei, weil eine ursprünglich nichtige Vereinbarung niemals rechtsgültig werden könne; § 141 BGB. widerlegt diese Meinung.

HGB. § 68 Abs. 2 verordnet: Die Vorschriften des § 67 bleiben ferner außer Anwendung, wenn der Handlungsgehilfe

[1]) S. 211.
[2]) S. 436.
[3]) S. 330; ebenso Makower S. 211.
[4]) S. 121.

für eine außereuropäische Handelsniederlassung angenommen ist und nach dem Vertrage der Prinzipal für den Fall, daß er das Dienstverhältnis kündigt, die Kosten der Rückreise des Handlungsgehilfen zu tragen hat.

Die Denkschrift[1]) führt zur Begründung aus: Der Prinzipal, der seinen Handlungsgehilfen in ferne, überseeische Länder schickt, wünsche zumeist, ihn auf längere Zeit zu engagieren, schon der beträchtlichen Kosten der Hinsendung und Rückbeförderung wegen; andrerseits habe er aber ein berechtigtes Interesse daran, den Gehilfen, falls er sich untauglich erweist, möglichst bald fortzuschicken. Überdies sei zu berücksichtigen, daß die ausländischen Gesetzgebungen die Vertragsfreiheit nicht dermaßen, wie § 67 es tut, beschränken; würde nun jeder im Inlande geschlossene Vertrag den Beschränkungen unterworfen sein, so könnte dies die Folge haben, daß die Handelshäuser, welche außerhalb Europas Niederlassungen besitzen, ihre Handlungsgehilfen unter Übergehung der Deutschen im Auslande suchen. Wir dürfen hinzufügen: Der Prinzipal wird dem für außereuropäische Länder angestellten Handlungsgehilfen auch um deswillen nicht leichtfertig kündigen, weil für solche außerordentliche Posten außerordentlich tüchtige Kräfte nötig, aber schwer zu finden sind.

§ 68 Abs. 2 sieht den Fall vor, daß der Handlungsgehilfe für eine außereuropäische — nicht bloß überseeische — Handelsniederlassung angestellt wurde und der Prinzipal vertragsmäßig für den Fall, daß er — nicht der Handlungsgehilfe — ordentlich kündigt, die Kosten der Rückreise des Handlungsgehilfen zu tragen hat. Wenn sich also der Geschäftsherr, weil er mit dem Angestellten nicht zufrieden ist, freiwillig erbietet, ihm die Rückreise zu vergüten, ohne daß er vertraglich dazu verpflichtet ist, so liegt kein Fall des § 68 Abs. 2 vor. Wohl aber ist der Fall gegeben, wenn Prinzipal und Handlungsgehilfe die besagte Abrede im Laufe des Dienstverhältnisses treffen; von dem Augenblicke an wird der Vertrag von § 68 Abs. 2 berührt.[2]) Das oben zu § 68 Abs. 1 hierzu Ausgeführte gilt auch hier.

[1]) S. 60 (v. Hahn S. 239).

[2]) A. M. Düringer-Hachenburg S. 436.

Es versteht sich ohne weiteres, daß zu den außereuropäischen Ländern deutsche Kolonien und Schutzgebiete, soweit sie außerhalb Europas liegen, mitgehören. Wurde übrigens ein Handlungsgehilfe lediglich zu Reisen nach außereuropäischen Ländern engagiert, so unterliegt der Vertrag mit ihm nicht dem § 68 Abs. 2, weil er alsdann nicht für eine „außereuropäische Handelsniederlassung" angenommen ist. Umgekehrt steht der Anwendung von § 68 Abs. 2 nicht entgegen, daß der Handlungsgehilfe von seiner außereuropäischen Handlungsniederlassung aus kurze Reisen nach Europa zu unternehmen hat.

Für einen Dienstvertrag der in § 68 Abs. 1 u. 2 bestimmten Art ist es darnach zulässig, wöchentliche, selbst tägliche Kündigung zu vereinbaren; die Kündigung braucht nicht für Monatsende zu erfolgen, und endlich ist eine für beide Teile verschieden lang bemessene Kündigungsfrist nachgelassen.

Eine dritte Ausnahmebestimmung gibt unser Handelsgesetzbuch mit § 69. Dieser lautet in seinem Anfange: Wird ein Handlungsgehilfe nur zu vorübergehender Aushilfe angenommen, so finden die Vorschriften des § 67 keine Anwendung, es sei denn, daß das Dienstverhältnis über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird.

Das bedeutet: Wird der Handlungsgehilfe lediglich zu vorübergehender Aushilfe angestellt, so kann rechtswirksam jede beliebige Kündigung mit ihm vereinbart werden; es kann also eine Kündigungsfrist von weniger als einem Monat sowie ausgemacht werden, daß das Dienstverhältnis an einem Tage inmitten des Monats zu Ende gehen soll. Jedoch muß die Kündigungsfrist hier — anders wie in den Fällen des § 68 — für beide Teile gleich lang sein (§ 69 Satz 2).

Der Vertrag muß auf vorübergehende Zeit eingegangen sein, um einem augenblicklichen Bedürfnisse Rechnung zu tragen. Es ist z. B. der Chef oder ein Buchhalter erkrankt, und es muß für sie, solange sie krank sind, ein Ersatz geschaffen werden. Oder zur Zeit der Hochsaison macht der starke Geschäftsbetrieb vorübergehend die Anstellung einer weiteren Hilfskraft nötig. Darauf kommt nichts an, ob der überzählige Handlungsgehilfe auf zunächst bestimmte oder gleich unbestimmte Zeit angestellt

wird. Goldmann[1]) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß ein Vertrag zur vorübergehenden Aushilfe auch unter den in § 67 Abs. 3 gedachten Voraussetzungen möglich ist.[2]) Indem § 69 die Beschränkungen des § 67 schlechthin aufhebt, ist zweifellos auch die in § 67 Abs. 3 enthaltene Beschränkung eliminiert.

In jedem Falle darf jedoch die tatsächliche Dauer des Dienstverhältnisses die Zeit von drei Monaten nicht übersteigen. Mit dem Ablaufe von drei Monaten wird bei Fortdauer des Verhältnisses § 69 unanwendbar und greifen die Vorschriften von § 67 mit den früher entwickelten Konsequenzen Platz. Ein Beispiel: jemand wird zur vorübergehenden Aushilfe mit der Abrede vierzehntägiger Kündigungsfrist angestellt. Die Krankheit des vertretenen Handlungsgehilfen zieht sich jedoch in die Länge; drei Monate sind bereits abgelaufen. Hätte bisher dem Handlungsgehilfen abredegemäß nach § 69 mit vierzehntägiger Frist gekündigt werden können, so ist es nur mehr mit der gesetzlichen sechswöchigen Frist möglich.

Von § 69 wird lediglich diejenige Anstellung zur vorübergehenden Aushilfe berührt, für die eine bestimmte Kündigungsfrist des Dienstverhältnisses vereinbart wurde. Folgendes Anerbieten: „ich engagiere Sie zur Aushilfe für drei Monate“ oder: „ich engagiere Sie zur Aushilfe“ wird dagegen von § 69 nicht berührt. Hier liegt vielmehr ein Fall des § 620 BGB. bezw. § 66 HGB. vor mit Angabe des rechtlich belanglosen Motives der Anstellung. In letzterm Falle hält es Staub[3]) nicht für ausgeschlossen, daß unter Umständen hierin auch die Abrede der jederzeitigen, soll heißen täglich für den folgenden Tag möglichen, Kündigung gefunden werden kann. Oft mögen solche Umstände nicht vorliegen, und man wird sich vor zu leichter Anwendung dieser an sich nicht unmöglichen Auslegung hüten müssen.

Wenn vom Gesetze in § 69 Gleichheit der Kündigungsfrist für beide Teile verlangt wird, so ist diese Vorschrift aus den

[1]) S. 332.
[2]) Ebenso Lehmann-Ring S. 170; a. M. Staub S. 316.
[3]) S. 316.

früher dargelegten Gründen zum Vorteil des Handlungsgehilfen dahin einschränkend auszulegen, daß diejenige Abrede, welche den Handlungsgehilfen offenbar günstiger stellt als den Prinzipal, rechtsbeständig bleibt, auch wenn sie dem Wortlaut der Vorschrift zuwiderläuft.

Im übrigen verfällt die Vereinbarung ungleicher Kündigungsfristen der Nichtigkeit (§ 134 BGB.). Nach Maßgabe des § 139 BGB. kann die Unwirksamkeit auf diese Vereinbarung beschränkt bleiben oder Nichtigkeit des ganzen Vertrages nach sich ziehen.[1]) Ist nur Nichtigkeit der Vereinbarung die Folge, so tritt an Stelle der unzulässigen Kündigungsfrist die gesetzliche des § 66; nicht etwa wird die eine oder andere Kündigungsfrist verlängert oder verkürzt, um so gleiche Fristen zu erhalten.

Zweifel können entstehen, ob im Falle einer vor Ablauf der drei Monate ausgesprochenen, aber für die Zeit nach ihrem Ablauf wirkenden Kündigung § 69 noch anzuwenden sei, ob also dem Handlungsgehilfen, der mit vierzehntägiger Kündigungsfrist zu vorübergehender Aushilfe angenommen war, nach elfwöchigem Dienste noch der Abrede gemäß gekündigt werden kann? Diese in der Literatur vernachlässigte Frage wird von Makower[2]) im bejahenden Sinne beantwortet. Er macht, unseres Erachtens mit Recht, hierzu geltend, daß für die Gültigkeit der Kündigung dasjenige Recht maßgebend sein muß, welches zur Zeit ihrer Erklärung den Vertrag der Parteien beherrscht.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß Prinzipal und Handlungsgehilfe nach Verlauf der bestimmten, auch über drei Monate hinaus währenden Vertragszeit oder bei unbestimmter Dauer des Dienstverhältnisses zu irgendeiner Zeit vereinbaren, der Handlungsgehilfe solle nunmehr für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit zur vorübergehenden Aushilfe angestellt sein. Dann liegt ein neuer Vertrag vor, auf den die oben mitgeteilten Grundsätze Anwendung finden.

Mit der Bestimmung des § 69 hat das sogen. Probeengagement nichts zu tun. Darunter hat man diejenige vorübergehende

---

[1]) Hier ebenso Staub S. 316.
[2]) S. 212.

Anstellung zu verstehen, die nicht als endgültige gedacht ist, sondern nur dem Prinzipale die Möglichkeit geben soll, die Fähigkeiten eines Handlungsgehilfen auf die Probe zu stellen; je nach Ausfall der Probedienste wird der Prinzipal den Handlungsgehilfen definitiv engagieren oder nicht. Das geltende Recht, um dies vorauszuschicken, kennt im Gegensatz zum früheren das Probeengagement nicht. Die Anstellung „auf Probe" unterliegt heute den nämlichen Gesetzen wie jede andere. Ich engagiere einen Handlungsgehilfen ohne weitere Abrede „zur Probe" — wie sehr es auch mit dem gedachten Zwecke übereinstimmen würde, so ist es mir doch nicht gestattet, den Handlungsgehilfen alsbald zu entlassen oder ihm mit kurzer Frist zu kündigen, wenn er nach wenigen Tagen schon seine Untauglichkeit bewiesen hat. Der Vertrag ist vielmehr frühestens für Ende des Quartals unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen nach der Vorschrift des § 66 aufzukündigen.[1]) Das Hervorheben der „probeweisen" Dienstzeit beim Vertragsschluß ist rechtlich irrelevant, ist nichts als Mitteilung des Motivs der Anstellung.

In der Praxis wird man, um diesem Mißstande abzuhelfen und sich auf dem Boden des geltenden Rechts dem früheren Rechtszustande zu nähern, den Handlungsgehilfen auf eine bestimmte kurze Zeit anstellen; bewährt sich der Handlungsgehilfe, so wird er mit neuem Vertrage nunmehr endgültig engagiert, andernfalls unterbleibt seine anderweite Anstellung. Genügt die verabredete „Probezeit" nicht, um ein abschließendes Urteil über die Fähigkeiten des Handlungsgehilfen fällen zu können, so wird der Chef mit ihm einen neuen Vertrag auf kurze, jedoch bestimmte Zeit eingehen, nach deren Ablauf der Handlungsgehilfe entweder endgültig angestellt wird oder nicht. So wird auf einem Umwege, zu dem der gegenwärtige Rechtszustand nötigt, im Rahmen des Gesetzes (BGB. § 620) die Wirkung erzielt, die mit der Probeanstellung gemeiniglich beabsichtigt wird. Dabei ist gleichgültig, ob dem auf kurze Zeit angestellten Handlungsgehilfen ausdrücklich gesagt wurde, er solle nur eine Probezeit durchmachen.

[1]) ROLG. Bd. 3 S. 78.

Wird die „Probe“anstellung nach Ablauf der vereinbarten Zeit ohne unverzüglichen Widerspruch des Kontrahenten mit seinem Wissen fortgesetzt, so gilt der Vertrag gemäß § 625 BGB. als auf unbestimmte Zeit verlängert.

Der Unterschied zwischen dem Engagement auf Probe und dem zur vorübergehenden Aushilfe liegt auf der Hand: bei jenem engagiere ich einen Handlungsgehilfen, dessen Fähigkeiten ich erst kennen lernen und geeignetenfalls nach Ablauf der Probezeit dauernd für mich verwerten will; bei diesem verpflichte ich lediglich vorübergehend, eben zur vorübergehenden Aushilfe, einen Handlungsgehilfen, von dessen Qualifikation ich bereits überzeugt bin.

Es ist klar, daß für ein Probeengagement die Anwendung der befreienden Vorschrift des § 69 nicht dadurch gesichert werden kann, daß man es fälschlich als Anstellung zu vorübergehender Aushilfe ausgibt, wie es andererseits nicht erforderlich ist, das Engagement zur vorübergenden Aushilfe bei der Anstellung ausdrücklich als solches zu bezeichnen. Es genügt, daß beide Teile es wissen und wollen.

§ 6.

Sprachen wir bisher von der ordentlichen, sei es auf Gesetz (§ 66), sei es auf Vereinbarung beruhenden Kündigung, so ist jetzt von der außerordentlichen Kündigung der §§ 70—72 zu handeln. Im wesentlichen unterscheiden sich die beiden Kündigungsmöglichkeiten so:

Die ordentliche Kündigung gibt dem gekündigten Teile eine Frist, welche Erklärung der Kündigung und Ablauf des Dienstverhältnisses zeitlich auseinander fallen läßt, während diese Momente bei der außerordentlichen Kündigung zusammenfallen. Die außerordentliche Kündigung ist bei jedem Handlungsgehilfenvertrag möglich, gleichviel ob er auf bestimmte[1]) oder unbestimmte Zeit eingegangen war, die ordentliche aber nur bei Verträgen auf unbestimmte Zeit. Die ordentliche Kündigung

[1]) ROLG. Bd. 1 S. 365, Bd. 2 S. 503 (Vertrag auf Lebenszeit).

kann unmotiviert erfolgen, die außerordentliche nur, wenn ein „wichtiger Grund“ zur Auflösung des Dienstvertrags gegeben ist.

Dies sagt § 70 Abs. 1 [1]): Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Die Ausdrucksweise des Gesetzes: Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, ist deutlich, aber schwerfällig, weshalb sie sich nicht hat einbürgern können. Man spricht lieber von sofortiger Kündigung, Entlassung bezw. Austritt des Handlungsgehilfen. Wir nennen sie zum Unterschied von der befristeten die fristlose (oder außerordentliche) Kündigung.

Die fristlose Kündigung hat mit dem Rücktritt im Sinne des Gesetzes (BGB. §§ 325 ff., 346 ff.) nichts zu tun. Denn der Rücktritt vom Vertrage ist an andere Voraussetzungen gebunden, hebt den Vertrag rückwirkend auf und verpflichtet die Parteien zur gegenseitigen Rückerstattung bezw. Wertersatz der ausgetauschten Güter. Die fristlose Kündigung beseitigt dagegen nur Rechte und Pflichten für die Zukunft (Wirkung ex nunc).

Was ist ein wichtiger Grund im Sinne des § 70? Ein wichtiger Grund ist gegeben, wenn nach Lage der Umstände dem einen Teile billigerweise nicht zuzumuten ist, den Vertrag wider seinen Willen auch nur die Kündigungsfrist hindurch fortzusetzen; wenn, wie die Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs [2]) sagen, eine wesentliche Änderung derjenigen Umstände eintritt, die von den Vertragschließenden bei Eingehung des Vertrags mutmaßlich gewürdigt worden sind.

Ob in concreto die Umstände so gelagert sind, entscheidet im Streitfalle der Richter nach freiem Ermessen; sein Urteil hat indes nur deklaratorische, nicht konstitutive Wirkung.[3]) §§ 71, 72 führen exemplifikativ eine Reihe von besonders wichtigen Kündigungsgründen auf. Die Beispiele sollen dem Richter eine Handhabe sein für die richtige Erfassung des gesetzgeberischen Willens, sie sollen ihn aber in keiner Weise binden.[4]) Weder

[1]) Gleichlautend mit BGB. § 626.

[2]) Bd. 2 S. 468.

[3]) Denkschr. S. 61; v. Hahn S. 240.

[4]) EOHG. Bd. 19 S. 114.

sind sie die einzigen Kündigungsgründe noch sind sie es in jedem Falle. Das geht deutlich aus dem Wortlaute hervor: Als ein wichtiger Grund . . . ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, namentlich anzusehen, wenn usw. Der kündigende Teil hat nachzuweisen, daß einer der gesetzlich fixierten Fälle vorliege, wenn er sich im Prozeß darauf beruft; der andere Teil hat geeignetenfalls besondere Umstände zu spezialisieren und zu beweisen, die eine andere Beurteilung zu rechtfertigen vermögen.[1])

Ein Verschulden auf seiten des Gekündigten braucht nicht vorzuliegen,[2]) nicht einmal ein Umstand in seiner Person.[3]) Ein wichtiger Grund liegt z. B. vor, wenn die Handelsniederlassung abbrennt und völlige Einstellung des Betriebes die Folge ist, oder wenn die Erben des Prinzipals das Geschäft nicht fortführen wollen,[4]) oder wenn der Prinzipal zur vollständigen Aufgabe des Geschäftes dadurch gezwungen ist, daß durch Staatsmonopolisierung sein Gewerbebetrieb dauernd unterdrückt wird.[5]) Ist der Prinzipal aber nur infolge schlechten Geschäftsganges genötigt, seinen Betrieb einzuschränken oder gänzlich einzustellen, so wird hierin regelmäßig kein wichtiger Grund zur Entlassung der Handlungsgehilfen liegen, der Geschäftsherr vielmehr sich mit ordentlicher Kündigung begnügen müssen.[6]) Denn im Sinne des Gesetzes und der Billigkeit entsprechend ist es zweifelsohne, diejenigen Fälle, in denen ein außerhalb der Person des Gekündigten liegender Umstand den wichtigen Grund abgeben soll, möglichst scharf auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen und nur in solchen Fällen, bei denen gänzliche Unmöglichkeit der Fortdauer des Dienstverhältnisses offenbar ist, den Grund als wichtig genug anzuerkennen, den Vertrag fristlos zu kündigen.

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt, müssen alle Einzelumstände des konkreten

---

[1]) Ebenso Goldmann S. 344; anscheinend a. M. ROLG. Bd. 3 S. 80.
[2]) vgl. § 72 Ziff. 3; ERZ. Bd. 38 S. 27; ROLG. Bd. 8 S. 254.
[3]) vgl. § 71 Ziff. 1; ERZ. Bd. 58 S. 257.
[4]) ERZ. Bd. 58 S. 257.
[5]) ROLG. Bd. 2 S. 503.
[6]) RG. in JurW. 1903 S. 11.

Falles in Betracht genommen werden; diese Frage ist eine Tat-, keine Rechtsfrage, daher sie der Beurteilung und Entscheidung des Revisionsgerichts entzogen ist.[1]) Im allgemeinen ist zu sagen:

Ein weit zurückliegender Grund kann für sich allein nicht mehr die fristlose Kündigung rechtfertigen; denn regelmäßig wird darin, daß bei gegebenem Grunde nicht gekündigt wurde, ein Verzicht auf Geltendmachung des Kündigungsrechtes, ein Verzeihen des unzulässigen Verhaltens des andern Teils zu erblicken sein.[2]) Aber ein Zurückgreifen auf solche der Vergangenheit angehörige Gründe ist statthaft, wenn es zur Stütze und Illustrierung neuer Gründe taugt.[3]) Eine Überlegungsfrist muß aber dem kündigungsberechtigten Teile gegeben sein, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will oder nicht. Deshalb wird das Kündigungsrecht durch eine kürzere Weiterbeschäftigung nicht eingebüßt, wenn nur der Entlassungsgrund noch weiter auf das gegenseitige Verhältnis fortwirkt.

Beim Vorliegen eines fortdauernden wichtigen Grundes — der Gehilfe kommt z. B. öfters unpünktlich ins Geschäft — erscheint es angebracht, wenn vom kündigungsberechtigten Teile zunächst über diesen Umstand hinweggesehen war, nunmehr die Zulässigkeit fristloser Kündigung an die Voraussetzung zu knüpfen, daß der andere zur Beseitigung des Mißstandes deutlich aufgefordert wurde.[4]) Denn indem der Prinzipal beständige Unpünktlichkeit ohne Widerrede duldet, scheint er damit einverstanden.

Es ist möglich, daß die Gesamtheit der Umstände eines Falles die fristlose Kündigung rechtfertigt, während jeder einzelne der vorgebrachten Umstände für sich allein dazu nicht ausreichen würde.[5])

Nach der fristlosen Kündigung eingetretene Umstände, die an sich einen wichtigen Grund zu ihr abgeben würden, werden von großer Bedeutung, wenn die zunächst vorgebrachten Gründe

[1]) RG. in JurW. 1901 S. 209, 1906 S. 813.
[2]) vgl. GO. § 124 Abs. 2.
[3]) EOHG. Bd. 17 S. 220, Bd. 19 S. 114; ERZ. Bd. 51 S. 91.
[4]) ERZ. Bd. 38 S. 117.
[5]) RG. in R. 1905 S. 169.

die fristlose Kündigung nicht hinlänglich zu rechtfertigen vermögen. Dann bilden nämlich die neuen Umstände den Kündigungsgrund und sind entscheidend für den Ausgang des Prozesses; natürlich wirkt die Kündigung solchenfalls erst vom Tage ihres Eintritts an.[1]) Uns erscheint billig, in sinngemäßer Anwendung des § 93 ZPO. dann dem Kündigenden die Kosten des Prozesses aufzuerlegen, wenn der Gekündigte mit Recht die Kündigung zunächst nicht hat gegen sich gelten lassen, nach Eintritt der neuen Umstände aber sich ihr ohne weiteres unterwirft.

Bei der Würdigung der nachträglichen Umstände ist übrigens besondere Vorsicht geboten. Selbstverständlich ist, daß sich der kündigende Teil nicht auf Tatsachen berufen kann, die erst die Folge seiner Kündigung sind, der entlassende Prinzipal z. B. nicht darauf, daß der Handlungsgehilfe seine Tätigkeit eingestellt habe. Weiter ist die durch unberechtigte Kündigung erzeugte Erregung, das gespannte Verhältnis der Parteien zu bedenken; mit Rücksicht hierauf wird mehr Nachsicht als sonst am Platze sein, wird manches abfällige Wort, das sonst als Ehrverletzung fristlose Kündigung rechtfertigen würde, minder schwer wiegen.[2]) Unter Beachtung dieser Erwägungen ist auch nicht ausgeschlossen, ein ordnungsmäßig unter Einhaltung der vorgeschriebenen Kündigungsfrist gekündigtes Dienstverhältnis vor Ablauf dieser Frist eines wichtigen Grundes wegen nochmals und jetzt fristlos aufzukündigen. Als Entlassungsgrund darf hier aber nicht geltend gemacht werden, was als Grund zur vertragsmäßigen Kündigung benutzt und damit gewissermaßen erledigt wurde.[3])

Wichtige Gründe, die vor dem Beginne des Dienstverhältnisses liegen, berechtigen nach Staub[4]) niemals zur fristlosen Kündigung, sondern höchstens zur Anfechtung des Vertrages, je nachdem wegen Irrtums oder wegen arglistiger Täuschung. Indessen ist nicht einzusehen, weshalb der Prinzipal den neuen

[1]) ERZ. Bd. 32 S. 249.
[2]) Bolze Bd. 2 Nr. 945.
[3]) Bolze Bd. 14 Nr. 393; OLG. Jena im R. 1905 S. 500.
[4]) S. 319.

Handlungsgehilfen nicht soll entlassen können, wenn er erfährt, daß der Gehilfe vor Antritt der Stellung eine längere Gefängnisstrafe wegen Unterschlagungen abgebüßt hat. Daß hier zweifellos die Möglichkeit der Anfechtung gegeben ist, ist doch kein Grund, die Entlassung auszuschließen. Und so läßt denn die überwiegende Meinung fristlose Kündigung in solchem Falle alternativ neben Anfechtung zu.[1]) Liegt das Ereignis, das zum wichtigen Grunde genommen wird, auch vor der Anstellung des Gehilfen, so erstrecken sich doch seine Wirkungen, im obigen Beispiel die Vertrauenserschütterung, derartig auf die Zeit der Vertragsdauer hinein, daß dem andern Teile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zuzumuten ist.

Streitig ist die Frage, ob durch Parteivereinbarung bestimmten Tatsachen von vornherein die Bedeutung eines wichtigen Grundes gegeben bezw. genommen werden kann, dergestalt, daß bei Eintreten solcher Tatsachen der Vertrag der Parteien und nicht mehr das Ermessen des Gerichts über ihre Bedeutung zu entscheiden hat. Wir bejahen diese Frage.[2])

Cosack begründet im Lehrbuch des Handelsrechts[3]) seine ablehnende Stellung zu ihr folgendermaßen: Der Prinzipal könne sein Personal, wären solche Vereinbarungen zulässig, durch sie in zu große Abhängigkeit von sich bringen; das widerspreche aber dem gehilfenfreundlichen Geiste des Gesetzes. Zutreffend wird dem entgegengehalten, daß nicht jede Vereinbarung über den Punkt notwendig zu ungunsten des Handlungsgehilfen ausschlagen muß, und daß derartige Abreden durch die allgemeinen Schutzvorschriften der §§ 134, 138 BGB. hinlänglich in Grenzen gehalten werden. Enthalten sie nämlich einen Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten — und letzteres ist immer der Fall, wenn sie den Handlungsgehilfen in ein gar zu drückendes Abhängigkeitsverhältnis bringen —, so verfallen sie der Nichtig-

---

[1]) Lehmann-Ring S. 177; Goldmann S. 336: Düringer-Hachenburg S. 439; Makower S. 213; RG. in JurW. 1900 S. 624, 1907 S. 543; wie Staub: Horrwitz S. 134.

[2]) vgl. GO. § 139k Abs. 3.

[3]) S. 97.

keit.[1]) Wenn beispielsweise ausgemacht wird, jeder Verstoß gegen eine lange und peinliche Geschäftsordnung solle als wichtiger Grund zur Entlassung angesehen werden dürfen, so ist diese Abrede als unsittlich zu verwerfen. Nur so viel wird der Richter aus ihr entnehmen, daß der Prinzipal auf die in der Geschäftsordnung erwähnten Punkte großen Wert legt und der Handlungsgehilfe sich dies immer vor Augen halten mußte.

Eine mittlere Ansicht vertritt Makower;[2]) er hält Vereinbarungen, die gewisse Tatsachen ihrer Bedeutung als wichtige Gründe entkleiden, ohne Einschränkung für zulässig, solche jedoch, die gewisse Tatsachen zu wichtigen Gründen stempeln, nur dann für verbindlich, wenn die Gründe wirklich wichtige sind. Damit ist freilich die Entscheidung über die Wichtigkeit eines Grundes in letzter Linie in das freie Ermessen des Gerichts zurückgegeben, während doch gerade hierüber der Vertrag hatte Bestimmung treffen wollen, und die Konsequenz der Makowerschen Ansicht ist: die Abrede, die gewissen Tatsachen die Bedeutung eines wichtigen Grundes verleiht, ist nur dann zuzulassen, wenn sie überflüssig ist.

Nach der gesetzlichen Vorschrift kann fristlos gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß es lediglich darauf ankommt, daß der wichtige Grund im Augenblick der Kündigung objektiv besteht. Ob die Parteien ihn kennen, ob der Kündigende sich bei der Kündigung auf ihn beruft, ob er für ihn das eigentliche Motiv der Kündigung bildet, ist gleichgültig. Auch wenn der Kündigende einen falschen oder gar keinen Grund bei der fristlosen Kündigung angibt, ist sie vollwirksam, wenn der wichtige Grund nur tatsächlich vorhanden ist. Es ist also auch angängig, im Prozesse andere als etwa vorher mitgeteilte Gründe, selbst solche, die zur Zeit der Kündigungserklärung dem kündigenden Teile noch gar nicht bekannt sein konnten, geltend zu machen,[3])

---

[1]) Staub S. 319; Lehmann-Ring S. 171; Bolze Bd. 8 Nr. 456.

[2]) S. 213.

[3]) ROLG. Bd. 3 S. 79, Bd. 7 S. 384; EOHG. Bd. 21 S. 252; ERZ. Bd. 56 S. 373.

und noch nicht zu spät, wenn dies erst in zweiter Instanz geschieht.[1])

Einige beachtliche oberinstanzliche Entscheidungen mögen hier ihren Platz finden.

Der Anstellungsvertrag mit einem Handlungsreisenden enthielt folgenden Passus: „Falls Ihre Resultate uns nicht befriedigen, steht uns frei, Sie ohne Kündigung zu entlassen". Das Oberlandesgericht Hamburg[2]) hat mit Recht hierin eine zulässige Abrede gesehen. Zunächst ist der Entscheidung darin beizutreten, daß die Abrede nicht so zu deuten ist, als ob die Bewertung der Dienste des Handlungsreisenden in die Willkür des Prinzipals gestellt sei; daß vielmehr an die Leistungen ein objektiver, der Billigkeit entsprechender Maßstab anzulegen ist. Das folgt zwar nicht aus § 315 Abs. 1 BGB., wie Makower[3]) anzunehmen scheint; denn dieser Paragraph spricht von der Bestimmung einer noch ausstehenden Leistung, nicht von der Beurteilung einer getanen. Wohl aber ergibt es sich als die Absicht und Meinung der Parteien, wenn man bedenkt, daß die Abrede ohne diesen einschränkenden Sinn zweifellos nichtig ist, weil sie, der Vorschrift des § 67 zuwider, dem Prinzipale die Möglichkeit jederzeitiger Entlassung geben würde.[4]) Die angezogene oberlandesgerichtliche Entscheidung geht jedoch unseres Erachtens fehl, wenn sie die beregte Vereinbarung als Abrede einer auflösenden Bedingung ansieht. Enthielte sie eine auflösende Bedingung, so müßte nach § 158 Abs. 2 BGB. bereits mit dem Eintritte der Bedingung die Wirkung des Anstellungsvertrages endigen. In Wahrheit ist der Vertrag, falls des Handlungsreisenden Resultate den Prinzipal nicht zu befriedigen geeignet sind, noch nicht zu Ende; der Vertrag wird erst dadurch beendigt, daß der Geschäftsherr, wie er jetzt darf, den Handlungsreisenden entläßt. Es liegt sonach gültige vertragsmäßige Festsetzung eines wichtigen Grundes zur Entlassung vor, welcher Gesichtspunkt übrigens in der zitierten Entscheidung nicht verkannt worden ist.

---

[1]) ROLG. Bd. 5 S. 263.
[2]) ROLG. Bd. 5 S. 266.
[3]) S. 210.
[4]) BGB. §§ 133, 157.

Die Frage kann praktisch werden, ob die Entlassung nur „per sofort“ oder auch für einen späteren Zeitpunkt ausgesprochen werden darf, ob beispielsweise der Prinzipal beim Vorliegen eines Entlassungsgrundes dem Gehilfen rechtswirksam erklären kann: vom nächsten Ersten ab sind Sie entlassen. Für die Zulässigkeit dieser Entlassung spricht sich das Oberlandesgericht Kiel[1]) aus, weil es dem Gesetze nicht zuwiderlaufe und darin an sich eine Verletzung der Rechte des Angestellten nicht liege. Es ist dem aber entgegenzuhalten, daß einmal unbestreitbar ein logischer Widerspruch zwischen dieser Entlassung und der vom Gesetz gemeinten „Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist“ besteht. Es ist weiter nicht zuzugeben, daß der Angestellte in jedem Falle einen Vorteil von der freiwillig gewährten Kündigungsfrist haben müsse, deren Länge oder Kürze doch völlig ins Belieben des Prinzipals gegeben ist. Der Fall ist sehr wohl möglich, daß der Handlungsgehilfe eine besser dotierte neue Stellung noch am Tage der Entlassung antreten würde, wenn er nicht vom bisherigen Prinzipal zum Aushalten einer willkürlichen Kündigungsfrist gezwungen wäre. Ganz zu schweigen von der Absicht des mit Frist entlassenden Prinzipals. Denn nicht, um den Handlungsgehilfen zu fördern, gibt er ihm die Frist, sondern zum eigenen Vorteile: der Nachfolger des Entlassenen kann z. B. vor dem nächsten Ersten seine Tätigkeit nicht aufnehmen, der Betrieb des Geschäfts aber leidet keine Verringerung des Personals. Endlich ist nicht zu vergessen, daß zufolge der Entlassung häufig ein gespanntes Verhältnis zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen Platz greift, welches den Wunsch des Handlungsgehilfen verstehen läßt, je eher je lieber in anderer Stellung zu sein. Nach alledem scheint uns die Meinung gerechtfertigt, daß der Angestellte, der auf einen wichtigen Grund hin für den nächsten Ersten „entlassen“ wurde, gleichwohl die Stellung schon am Tage der Entlassungserklärung aufgeben darf.[2]) Treffen obige Gründe in concreto nicht zu, so mag der Handlungsgehilfe ausdrücklich oder

---

[1]) ROLG. Bd. 7 S. 384; ebenso Makower S. 215; Horrwitz S. 133.
[2]) Ebenso Staub S. 317.

stillschweigend — z. B. durch tatsächliches Aushalten der Frist — sein Einverständnis erklären. Damit wird die freiwillig gewährte Kündigungsfrist Gegenstand rechtswirksamen Vertrags. Diese Kündigungsfrist kann, beiläufig bemerkt, trotz § 67 weniger als einen Monat betragen; § 67 ist hier unanwendbar, weil er offenbar nur die im voraus getroffene Kündigungsvereinbarung berührt. Theoretisch läßt sich die Abrede übrigens auch konstruieren als Vereinbarung eines neuen Anstellungsvertrags auf bestimmte kurze Zeit unter den sonst gleichen Bedingungen des durch Entlassungserklärung aufgehobenen alten Vertrags.

Welche Rechtsmittel hat der kündigende Teil zur Durchführung seines Kündigungsrechts; gibt es insbesondere eine Klage auf Feststellung dieses Rechts? Zutreffend sind folgende Ausführungen des Oberlandesgerichts Kiel[1]) hierzu:

Handelt es sich nur darum, festzustellen, ob eine künftig etwa eintretende Tatsache oder auch eine schon eingetretene Tatsache zur fristlosen Kündigung berechtige, so ist diese Klage, wenn sich im übrigen der Kläger die Entschließung vorbehält, ob er kündigen werde oder nicht, als Stellung einer bloßen Rechtsfrage unzulässig; der Kläger hat alsdann nur ein theoretisches, kein rechtliches Interesse (§ 256 ZPO.) daran, daß das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Anders, wenn der Kläger zur Kündigung für den Fall ihrer Zulässigkeit fest entschlossen ist, dies womöglich schon durch Außerdienststellung kundgetan hat. Hier hat der Kläger ein erhebliches rechtliches Interesse zur Anstrengung der Feststellungsklage. Denn er muß sich vergewissern dürfen, daß er immerhin die Kündigung aussprechen kann, ohne befürchten zu müssen, wegen ungerechtfertigter Kündigung beträchtlich in Anspruch genommen zu werden.

Dagegen hat das Reichsgericht[2]) einmal ausgesprochen, daß erst nach erfolgter Kündigung Feststellungsklage erhoben werden kann, dahingehend, daß dem anderen Teile keine Ansprüche aus dem Vertrage für die Zeit nach der Kündigung zustehen.

---

[1]) ROLG. Bd. 5 S. 53; ebenso Staub S. 317.

[2]) In JurW. 1902 S. 605.

Indessen besteht unseres Erachtens das gleiche Feststellungsinteresse für den Prinzipal: Befreiung aus der Beschränkung in seinen weiteren geschäftlichen Verfügungen, insbesondere in bezug auf Ersatz des Gehilfen durch einen andern, gleichviel ob er die gewollte Entlassung schon ausgesprochen hat oder noch aussprechen will.

Für die Klage auf Feststellung, daß die geschehene Kündigung unbegründet sei, wird regelmäßig ein rechtliches Interesse als vorliegend zu erachten sein, doch wird gegebenenfalles Erhebung der Leistungsklage das gebotene Mittel zur Rechtsverfolgung sein. Zuständig für alle diese Klagen sind die Kaufmannsgerichte nach Maßgabe der §§ 1, 4, 5 des Gesetzes betr. Kaufmannsgerichte v. 6. 7. 1904.

Die Kündigung geht regelmäßig von einem der Kontrahenten oder seinem Stellvertreter aus. Ausnahmsweise steht das Kündigungsrecht einem Dritten zu. Für den Fall des Konkurses ist es bereits dargelegt. Eine weitere Ausnahme enthält § 1358 BGB. Der Ehemann nämlich, dessen Frau sich — nach der Eheschließung — ohne seine Zustimmung als Handlungsgehilfin verpflichtet hat, kann diesen Dienstvertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag von dem zuständigen Vormundschaftsgerichte dazu ermächtigt worden ist. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu erteilen, wenn sich ergibt, daß die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt. § 628 Abs. 1 BGB. wird auf diese Kündigung sinngemäß anzuwenden sein. Ein Schadensersatzanspruch aus § 70 Abs. 2 HGB. steht dem Prinzipal schon um deswillen nicht zu, weil die Kündigung nicht von ihm ausgeht. Dagegen kann sich die Frau nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. BGB.) dadurch ersatzpflichtig gemacht haben, daß sie durch die bewußt unwahre Angabe, sie sei ledig, den Prinzipal zur Schließung des Vertrags mit ihr bestimmt hat. Neben dem außerordentlichen Kündigungsrechte des Ehemanns besteht natürlich für die Frau das Recht der Kündigung wie für jeden anderen Handlungsgehilfen.

Ist der Dienstvertrag vor der Eheschließung eingegangen, so ist § 1358 BGB. nicht anzuwenden. Hier kann der Vertrag

nur von der Frau gekündigt werden; es gelten die gleichen Grundsätze wie für die Kündigung anderer Handlungsgehilfen. Nur die Besonderheit besteht, daß die Verehelichung zumeist ohne Zweifel ein wichtiger Grund zum Austritt aus dem Dienstverhältnis ist (§ 70 HGB.).

§ 7.

§ 71 führt unter vier Ziffern diejenigen Tatsachen auf, welche den Handlungsgehilfen regelmäßig zur fristlosen Kündigung berechtigen. Als solch wichtiger Grund ist es anzusehen:

1. Wenn der Handlungsgehilfe zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig wird. Es ist klar, daß kurzfristige Unfähigkeit im allgemeinen hiervon nicht getroffen wird; muß der Gehilfe krankheitshalber acht Tage das Zimmer hüten, so darf er deshalb noch nicht fristlos kündigen. Andererseits ist aber nicht totale, dauernde Arbeitsunfähigkeit gefordert; es genügt Unfähigkeit — gleichviel, ob vom Handlungsgehilfen verschuldet oder nicht — zur Fortsetzung seiner, das ist der ihm obliegenden Dienste auf erhebliche Zeit; z. B. dem als Handlungsreisenden angestellten wird vom Arzte aus Gesundheitsrücksichten auf einige Jahre das Reisen untersagt. Zumeist wird Krankheit die Ursache der Unfähigkeit zur Dienstleistung sein.

Zutreffend weist Makower[1]) darauf hin, daß der Handlungsgehilfe von seinem Austritte an der Wohltat des § 63 verlustig geht. Denn der Anspruch aus § 63 ist Vertragsanspruch (obligatio e contractu); daher entfällt er vor Ablauf der sechs Wochen, wenn der Vertrag, sei es durch Zeitablauf, sei es durch Kündigung, vorher sein Ende erreicht.[2]) Diese Meinung wird durch § 72 Schlußsatz nur bestätigt, denn die ausdrückliche Bestimmung im Gesetze, daß der Anspruch des Handlungsgehilfen aus § 63 unberührt bleibt, wenn er wegen zufolge unverschuldeten Unglücks eingetretener Dienstverhinderung gemäß § 72 Ziff. 3 entlassen wird, wäre überflüssig, wenn ohnehin der Gehilfe trotz Vertragslösung aus § 63 Rechte herleiten könnte; es ist aber nicht davon

[1]) S. 219.
[2]) ERZ. Bd. 48 S. 181.

auszugehen, daß der Gesetzgeber durch überflüssige Bestimmungen den Umfang der Gesetze ohne Not ausdehnt. Eine analoge Anwendung der Bestimmung auf den Fall, daß der Handlungsgehilfe seinerseits fristlos kündigt, weil er durch unverschuldetes Unglück zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig wird, ist zurückzuweisen. Denn die Entlassung geschieht, ohne daß der Handlungsgehilfe etwas dagegen tun kann. Ob er aber seinerseits den Vertrag auflösen will oder nicht, hängt allein von ihm ab; er kann sich deshalb den Vorteil aus § 63 dadurch sichern, daß er erst nach Ablauf der sechs Wochen seinen Austritt erklärt.

2. Wenn der Prinzipal den Gehalt oder den gebührenden Unterhalt nicht gewährt. Fristlose Kündigung ist zulässig, wenn der Prinzipal den Gehalt — Tantième, Provision, Spesen rechnen hierher — tatsächlich nicht zur rechten Zeit[1]) auszahlt. Ausdrückliche wörtliche Weigerung, die eine Aufforderung des Handlungsgehilfen im Regelfalle voraussetzen würde, braucht nicht abgewartet zu werden.[2]) Der Vorenthaltung des ganzen Gehalts steht die teilweise Nichtgewährung gleich; doch darf der Teil, dessen Zahlung unterbleibt, nicht im Vergleich zum vollen Gehalt unverhältnismäßig gering sein.[3]) Welcher Unterhalt dem Handlungsgehilfen gebührt, richtet sich nach dem Vertrage, der wirtschaftlichen und sozialen Stellung des Gehilfen, seinem Alter und sonstigen konkreten Verhältnissen.

Der Handlungsgehilfe kann fristlos kündigen, auch wenn die Nichtgewährung von Gehalt oder Unterhalt ohne Verschulden des Prinzipals geschah; unverschuldete Zahlungsunfähigkeit des Chefs, unrichtige Beurteilung seiner Verpflichtungen ändern an der Kündigungsmöglichkeit nichts. Selbstverständlich darf dieser Satz nicht bis zur äußersten Konsequenz getrieben werden. So hat das Kaufmannsgericht Berlin[4]) mit Recht entschieden, daß der Angestellte die Fortsetzung der Tätigkeit nicht ablehnen darf, wenn lediglich ein Streit über die Verrechnung der gegen-

---

[1]) JKG. S. 229.

[2]) Ebenso Goldmann S. 345; Düringer-Hachenburg S. 446; wohl auch Staub S. 327.

[3]) ROLG. Bd. 7 S. 385.

[4]) JKG. S. 229.

seitigen Ansprüche vorliegt und der Prinzipal glaubt, ihn voll befriedigt zu haben, also den Gehalt weder vorzuenthalten beabsichtigt noch ihn aus Unvermögen nicht zahlt. Augenblickliche Unmöglichkeit der Zahlung, z. B. weil der Geldschrankschlüssel verlegt wurde oder weil der Prinzipal anderweit in Anspruch genommen ist, wird gleichfalls nicht als Kündigungsgrund angesehen werden können.

3. Wenn der Prinzipal den ihm nach § 62 obliegenden Verpflichtungen nachzukommen verweigert. Nach § 62 ist der Prinzipal verpflichtet, die Geschäftsräume und die für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten, auch den Geschäftsbetrieb und die Arbeitszeit so zu regeln, daß der Handlungsgehilfe gegen eine Gefährdung seiner Gesundheit, soweit die Natur des Betriebs es gestattet, geschützt und die Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstands gesichert ist. Ist der Handlungsgehilfe in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Prinzipal in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Handlungsgehilfen erforderlich sind.

Bloße Nichterfüllung dieser Verpflichtungen genügt an sich nicht zur Rechtfertigung der Kündigung; es muß hinzukommen, daß der Handlungsgehilfe zur Erfüllung der Vorschriften, zur Abstellung vorhandener Mängel auffordert und daß der Prinzipal ausdrücklich oder, was dem gleich zu erachten ist, stillschweigend (nämlich durch tatsächliche Nichtänderung des gerügten Zustandes) sich weigert, dem Mangel abzuhelfen. Beharrliche Weigerung wie in § 72 Ziff. 2 wird hier nicht vorausgesetzt, einmalige genügt also. Andrerseits ist mit Staub[1]) anzuerkennen, daß Weigerung in Kleinigkeiten außer Betracht bleibt. Von dem Erfordernis der vorhergehenden erfolglosen Aufforderung des Handlungsgehilfen wird man absehen können, wenn schreiende Mißstände dem Prinzipal bekannt sind und doch von ihm nicht

[1]) S. 327.

beseitigt werden. Wenn der Handlungsgehilfe ihretwegen fristlos kündigt, kann sich der Chef nicht damit herausreden, es habe ja der Handlungsgehilfe die Beseitigung des Mangels nicht verlangt, er sei also wohl damit einverstanden gewesen.[1]) Der gegenteiligen Ansicht Goldmanns[2]) ist nicht beizutreten. Goldmann vermag seine strengere Auffassung nur darauf zu stützen, daß die Notwendigkeit vorhergehender Aufforderung des Handlungsgehilfen in der Reichstagskommission[3]) ausdrücklich hervorgehoben worden sei und deshalb als der Wille des Gesetzes festgehalten werden müsse.

Aber die Wichtigkeit der Materialien für die Auslegung einer Gesetzesstelle zugegeben, so hieße das doch ihre Bedeutung überschätzen; wichtiger als der Kommissionsbericht, als die Meinung einzelner Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaften ist Sinn und Zweck des Gesetzes selber. Vorliegendenfalls wird der Streit übrigens ohne Belang, wenn man sich erinnert, daß die Tatbestände des § 71 nur Beispiele sein sollen, daß es außer ihnen hundert andere Umstände gibt, welche die fristlose Kündigung nach § 70 Abs. 1 zu rechtfertigen vermögen. Und ein solcher Umstand liegt zum mindesten vor, wenn der Prinzipal einen schreienden Mißstand zu beseitigen wissentlich unterläßt, auch wenn der gesetzwidrige Zustand vom Handlungsgehilfen nicht ausdrücklich gerügt wurde.

Der Weigerung des Prinzipals, den ihm nach § 62 obliegenden Verpflichtungen nachzukommen, steht es selbstverständlich gleich, wenn er bei scheinbarer Bereitwilligkeit tatsächlich die notwendigen Änderungen nicht vornimmt oder sie nach ihrer Vornahme alsbald wieder beseitigt.

Welche Maßnahmen zur Durchführung der im § 62 Abs. 1 enthaltenen Grundsätze erforderlich und nach der Beschaffenheit der Anlage ausführbar erscheinen, kann durch polizeiliche Verfügung festgestellt werden (GO. § 139g). Die Weigerung des Prinzipals, diese Vorschriften zu befolgen, steht der Weigerung gleich, den in § 62 aufgezählten Verpflichtungen nachzukommen.

---

[1]) Wie wir Staub S. 327; Düringer-Hachenburg S. 446.
[2]) S. 346 und Makower S. 219.
[3]) Ber. der Reichstagskommission S. 34 (v. Hahn S. 561).

4. Wenn sich der Prinzipal Tätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen oder unsittliche Zumutungen gegen den Handlungsgehilfen zuschulden kommen läßt oder es verweigert, den Handlungsgehilfen gegen solche Handlungen eines andern Angestellten oder eines Familienangehörigen des Prinzipals zu schützen. Was unter den aufgezählten Begriffen zu verstehen sei, bedarf kaum einer Erläuterung. Tätlichkeiten und unsittliche Zumutungen sind immer zugleich Ehrverletzungen; ob auch erhebliche, ist Tatfrage. Bemerkenswert ist, daß nur die Ehrverletzungen durch das Erfordernis der Erheblichkeit qualifiziert worden sind. Es ist also auch die geringfügige Tätlichkeit, insbesondere die körperliche Züchtigung, selbst für den minderjährigen Handlungsgehilfen Grund genug, den Vertrag aufzulösen; es müßten denn besondere Umstände vorliegen, die eine andere Beurteilung rechtfertigen, der Prinzipal zum Beispiel durch ungebührliches Verhalten des jugendlichen Angestellten gereizt worden sein[1]) oder gar in Notwehr gehandelt haben.

Nicht jede, unter §§ 185 ff. StGB fallende Beleidigung ist eine erhebliche Ehrverletzung.[2]) Öffentlich ausgestreute Bezichtigungen wie: der Handlungsgehilfe habe gestohlen, mache Schulden über Schulden, sind, falls sich ihre Richtigkeit nicht erweisen läßt, ohne Zweifel Kündigungsgrund;[3]) dagegen nicht eine auf gutem Grunde ruhende und unter vier Augen gegen den Handlungsgehilfen ausgesprochene Verdächtigung, zumal wenn der Prinzipal sich nachher entschuldigt, falls die Grundlosigkeit der Beschuldigung zutage tritt. Bei wechselseitigen Beleidigungen kann der provozierende Handlungsgehilfe nicht aus den ihm gegenüber gefallenen einen Kündigungsgrund herleiten.[4]) Eine an sich geringfügige Ehrverletzung kann dadurch, daß sie trotz Verwahrung des Angestellten öfter wiederholt wird,[5])

[1]) ROLG Bd. 9 S. 251.
[2]) RG. in JurW. 1892 S. 482.
[3]) BRK. 1901 S. 10.
[4]) RG. in JurW. 1892 S. 274.
[5]) RG. in JurW. 1892 S. 219.

oder durch besondere Nebenumstände, wie Kränkungen in Gegenwart jüngerer, untergeordneter Kollegen oder fremder Personen, zu einer erheblichen werden.[1]) Immer wird der Richter bei der Entscheidung darüber, ob eine Ehrverletzung erheblich sei oder nicht, die Stellung des Handlungsgehilfen im Geschäft und in der Gesellschaft, seinen Bildungsgrad, sein Alter usw. in Betracht ziehen.[2])

Dadurch daß der Gehilfe eine erhebliche Beleidigung auf der Stelle erwidert, verliert er nicht das Recht des Austritts.[3]) Denn eine Kompensation gegenseitiger Beleidigungen ist hier vom Gesetz nicht vorgesehen.

„Unsittliche Zumutung" ist zum Beispiel die Aufforderung zu falscher Buchführung, zur Bestechung von Beamten im Interesse des Geschäfts. Natürlich gehören auch die Anträge und Verfolgungen mit geschlechtlichem Charakter hierher, ebenso die Verleitung zu unsittlichen, wenngleich nicht strafbaren Handlungen.

Gehen Tätlichkeiten usw. vom Prinzipal selber aus, so ist der von ihnen betroffene Handlungsgehilfe ohne weiteres zum Austritt berechtigt. Wenn sie jedoch ein Familienangehöriger des Prinzipals sich zuschulden kommen läßt oder ein anderer von seinen Angestellten, so kann erst gekündigt werden, wenn der Prinzipal den Schutz hiergegen verweigert. Es gilt dafür das unter Ziff. 3 Ausgeführte: regelmäßig wird erfolglose Bitte um Schutz tatsächliche Voraussetzung des Kündigungsrechtes sein; in krassen Fällen wird dieses Recht jedoch schon zugestanden werden müssen, wenn der Prinzipal in Kenntnis solcher Handlungen seiner Angestellten oder Familienangehörigen nicht gegen sie einschreitet, — auch wenn das Ersuchen darum, etwa aus Schamgefühl, unterblieben ist.[4]) Zu den Familienangehörigen des Prinzipals gehören hier auch die nur zu vorübergehendem Besuche bei ihm weilenden Verwandten; zu den Angestellten

---

[1]) RG. in JurW. 1904 S. 149.
[2]) ROLG. 1909 S. 251.
[3]) A. M. GKG. Bd. 12 S. 233.
[4]) Hier ebenso: Goldmann S. 347.

nicht nur die Handlungsgehilfen, sondern auch die Gewerbegehilfen und Dienstboten.

Verschulden auf seiten des Prinzipals ist nicht gesetzliches Tatbestandsmerkmal. Die Handlungsgehilfin darf kündigen, wenn sie vom Prokuristen durch unsittliche Anträge belästigt wird, der Prinzipal jedoch, weil er dem leugnenden Prokuristen mehr Glauben schenkt als ihr, bona fide seinen Schutz verweigert. Das Gesetz will ihr eben durch die Möglichkeit sofortiger Auflösung des Vertragsverhältnisses in ihrer Schutzlosigkeit zu Hilfe kommen, ohne sie doch am Vermögen zu schädigen.[1]) Deshalb ist die Meinung Makowers[2]) bedenklich, daß die fristlose Kündigung ungerechtfertigt sei, wenn der Geschäftsherr nach seinen Ermittelungen annehmen durfte, daß in Wahrheit keine seinen Schutz erforderlich machende Handlung vorgekommen sei, und wenn er ihn deshalb verweigert hat.

Wenn der Prinzipal dem bedrängten Handlungsgehilfen zwar Schutz gewähren will, aber aus irgendwelchen Gründen es nicht vermag, so kann der Handlungsgehilfe gleichfalls kündigen, streng genommen nicht aus § 71 Ziff. 4, denn der Prinzipal verweigert den Schutz nicht, sondern aus § 70 Abs. 1.

Damit sind wir bei einem schier unerschöpflichen, durch Leben und Rechtsprechung täglich anwachsenden Gebiete angelangt: bei den Tatsachen, die ohne in § 71 erwähnt zu sein, nach Lage des Falles dem Handlungsgehilfen einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung abgeben können. Einige Beispiele aus der Praxis seien hier angeführt.

Der Konkurs über das Vermögen des Prinzipals gibt dem Handlungsgehilfen, wie früher ausgeführt, ein ordentliches Kündigungsrecht (KO. § 22). Gegebenenfalls kann die Konkurseröffnung auch gravis causa, wichtiger Grund zum Austritt sein.[3]) Ein Reisender, der nur Tantième bezog, wurde durch die Anstellung eines zweiten Reisenden für dasselbe Reisegebiet wesentlich in seinem Verdienste beeinträchtigt; er durfte deshalb die

---

[1]) BRK. 1899 S. 65.
[2]) S. 219.
[3]) EOHG. Bd. 19 S. 393.

Stellung fristlos kündigen.[1]) Grund zum Austritt ist die Verurteilung des Prinzipals wegen eines Verbrechens oder Vergehens, wenn dem Handlungsgehilfen mit Rücksicht auf Schwere und Anrüchigkeit der Verfehlung des Prinzipals ein weiteres Zusammenarbeiten mit ihm nicht zugemutet werden kann.[2]) Auch die ungerechtfertigte Entziehung der Prokura wurde als wichtiger Grund zur sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses angesehen.[3])

§ 8.

Als ein wichtiger Grund, der den Prinzipal zur fristlosen Kündigung berechtigt, ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, nach § 72 namentlich anzusehen: 1. wenn der Handlungsgehilfe im Dienste untreu ist oder das Vertrauen mißbraucht oder die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung verletzt. Der Begriff der Untreue ist hier ein anderer, erheblich weiterer als in § 266 StGB. Untreu ist der Handlungsgehilfe, wenn er die Treupflicht bricht, die ihm als Angestellten dem Prinzipale gegenüber obliegt. „Untreue" ist hier kein juristischer Fachausdruck, sondern entspricht dem, was im gewöhnlichen Sprachgebrauch bei Zugrundelegung der im redlichen Verkehrsleben geltenden Anschauungen darunter verstanden wird. Insbesondere liegt Untreue nicht nur dann vor, wenn eine Schädigung des Prinzipals herbeigeführt oder wenigstens beabsichtigt war.[4])

Es gehört also zum handelsrechtlichen Begriffe der Untreue nicht, daß eine Bestrafung des Gehilfen nach § 266 StGB. erfolgt oder auch nur möglich sei. Jedes unredliche Verhalten im Dienste schlägt ein: Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Verrat von Geschäftsgeheimnissen,[5]) Anstiftung anderer Angestellten zu solchen Handlungen.

---

[1]) Im Recht 1902 S. 592.
[2]) Düringer-Hachenburg S. 442.
[3]) ZHR. Bd. 37 S. 535; Bd. 46 S. 485.
[4]) Bolze Bd. 13 Nr. 391; ROLG. Bd. 5 S. 269.
[5]) § 9 UnlWG. v. 27. 5. 1896.

In alledem liegt zugleich, wie man sieht, ein Mißbrauch des Vertrauens, das der Prinzipal im Interesse gedeihlichen Zusammenarbeitens dem Handlungsgehilfen muß schenken können. In der Tat gehen die Begriffe „Untreue“ und „Vertrauensmißbrauch“ ineinander über, sind nicht scharf auseinanderzuhalten; jede Untreue mißbraucht das entgegengebrachte Vertrauen und erschüttert es, wie jeder Vertrauensmißbrauch an sich eine der Treupflicht zuwiderstreitende Handlung ist. Gegensätzlich hierzu halten einige Schriftsteller dafür, daß Vertrauensmißbrauch der weitere Begriff sei.[1])

Einige Beispiele aus der Praxis der Gerichte mögen zur Illustrierung der Begriffe dienen. Ein Handlungsgehilfe durfte entlassen werden, weil er fingierte Orders aufgegeben hatte;[2]) ein anderer, weil er ohne Genehmigung des Prinzipals von Kunden Extragratifikationen angenommen hatte;[3]) ein dritter, weil er sich schriftlich einem Konkurrenten des Prinzipals verpflichtet hatte, noch vor Ablauf des gegenwärtigen Vertragsverhältnisses mit für ihn arbeiten zu wollen.[4]) Weiter wurde in folgenden Fällen Untreue im Dienst oder Vertrauensmißbrauch als vorliegend erachtet: wenn der als Einkäufer angestellte Handlungsgehilfe sich von Lieferanten bestechen läßt;[5]) wenn der Handlungsgehilfe unbefugt an den Geschäftsherrn gerichtete und als solche äußerlich erkennbare Privatbriefe eröffnet;[6]) wenn er geheim zu haltende Tatsachen aus dem Geschäftsbetrieb, wie Bilanzen, Einkaufsquellen usw. Dritten mitteilt;[7]) wenn er dem Prinzipal gehörige Gegenstände ohne Recht zurückbehält.[8])

Andere Beispiele sind: Unredlichkeit bei Berechnung von Vertrauensspesen;[9]) Vorspiegelung einer Reisetätigkeit;[10]) Ver-

[1]) So Düringer-Hachenburg S. 449; Goldmann S. 349.
[2]) EOHG. Bd. 21 S. 394; vgl. auch ROLG. Bd. 3 S. 78.
[3]) EOHG. Bd. 13 S. 184.
[4]) JKG. S. 317.
[5]) BRK. 1901 S. 21.
[6]) RG. in JurW. 1900 S. 624.
[7]) ZHR. Bd. 42 S. 517.
[8]) EOHG. Bd. 19 S. 115.
[9]) GKG. Bd. 10 S. 219.
[10]) ROLG. Bd. 5 S. 268.

breiten wahrer, aber ungünstiger Nachrichten über die Geschäftsverhältnisse;[1]) Vortäuschung von Krankheit, um einen Vergnügungsausflug zu machen.[2]) Die Abrede der Angestellten eines Prinzipals, gemeinsam bessere Arbeitsbedingungen zu fordern, und falls daraufhin einem von ihnen gekündigt wird, sämtlich den Vertrag aufzukündigen, ist an sich ein erlaubtes Kampfmittel.[3]) Zum unerlaubten, zur Untreue im Dienst, wird es, wenn damit exorbitante Forderungen durchgedrückt werden sollen oder sonstige erschwerende Nebenumstände vorliegen.[4])

Verdacht der Untreue, auch wo er angebracht wäre, berechtigt den Prinzipal nicht zur Entlassung; wenn er dem Angestellten nicht traut, mag er ihn durch ordentliche Kündigung aus seinem Betriebe entfernen.[5]) Nur erwiesene Untreue rechtfertigt die schroffe Auflösung des Vertragsverhältnisses. Veruntreuungen, über die im Leben hinweggesehen wird — der Angestellte eignet sich widerrechtlich eine Zigarre des Geschäftsherrn zu, frankiert einen Privatbrief aus der Geschäftsportokasse, die Verkäuferin im Delikateßwarengeschäft nascht von den Waren — sind kein Entlassungsgrund, denn ihrer Geringfügigkeit wegen erheischen sie eine besondere, milde Beurteilung; durch Wiederholung trotz Verwarnung aber werden auch sie zum wichtigen Grunde.

Entlassungsgrund ist weiter die Verletzung des Konkurrenzverbotes. Dieses wird von § 60 so formuliert: Der Handlungsgehilfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigne oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Die Einwilligung zum Betriebe eines Handelsgewerbes gilt als erteilt, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehilfen bekannt ist, daß er das Gewerbe betreibt, und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebs nicht ausdrücklich vereinbart.

---

[1]) Seuffert Bd. 48 S. 169.

[2]) ZHR. Bd. 21 S. 564.

[3]) Ebenso Makower S. 221.

[4]) ROLG. Bd. 6 S. 4.

[5]) Ebenso Staub S 330; Lehmann-Ring S. 176; a. M. ZHR. Bd. 46 S. 491.

Dies Gesetz bedarf hier keiner Erläuterung. Es genügt, darauf hinzuweisen, daß es nur bis zum Ende des Dienstverhältnisses Wirkung hat, aber auch nicht vorher, insbesondere nicht etwa schon mit der Erklärung der ordentlichen Kündigung die Wirkung verliert. Schließt der gekündigte Handlungsgehilfe im Verlaufe der Kündigungsfrist auf eigne Rechnung Konkurrenzgeschäfte ab, so steht dem Prinzipal das Recht zu, ihn auf der Stelle zu entlassen. Bloße Vorbereitungen des Handlungsgehilfen zum Betriebe eines Handelsgewerbes nach Ablauf des gekündigten Dienstverhältnisses, z. B. Mieten eines Ladens, Bestellungen bei Lieferanten, sind richtiger Anschauung nach kein Verstoß gegen § 60.[1]) Die Geschäftsinteressen des Prinzipals werden durch solche vorbereitenden Handlungen nicht in unstatthafter Weise berührt, sofern nur der Handlungsgehilfe seinen Dienstverpflichtungen unverändert nachkommt. Wegen einer geringfügigen Übertretung des Konkurrenzverbotes darf der Prinzipal den Handlungsgehilfen nicht entlassen, zumal wenn dessen Tätigkeit für ihn dadurch nicht beeinträchtigt wurde.[2])

2. Wenn er seinen Dienst während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unbefugt verläßt oder sich beharrlich weigert, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen. Das „Verlassen“ des Dienstes braucht nicht wörtlich verstanden zu werden. Wenn der Gehilfe zwar im Geschäfte anwesend ist, aber statt seine Arbeit zu tun, ständig die Zeitung liest oder Privatbriefe schreibt, so liegt auch Dienstversäumnis vor, und darauf kommt es offenbar an. Jedoch ist die Versäumnis — nicht Verweigerung — der Dienste nur dann triftiger Entlassungsgrund, wenn sie eine den Umständen des konkreten Falles nach erhebliche Zeit währt und unbefugt ist.

Je nach Lage des Falles kann schon ein Tag[3]) und noch weniger erhebliche Zeit sein. Man denke an irgendeinen verantwortungsvollen Posten, der bei starkem Geschäftsgange zumal

---

[1]) ROLG. Bd. 3 S. 80.
[2]) EOHG. Bd. 19 S. 115.
[3]) Busch Bd. 30 S. 160; vgl. auch ROLG. Bd. 5 S. 269.

die unvorhergesehene Abwesenheit des Handlungsgehilfen auch nicht während einer Stunde duldet. Unpünktlichkeit im Kommen und Gehen ist unbefugte Dienstversäumnis; wenn sie regelmäßig wegen der Unerheblichkeit der versäumten Zeit kein Kündigungsgrund ist, so wird sie es, sobald besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, sie z. B. trotz Ermahnung sich öfters wiederholt.[1])

Wann ist die Dienstverlassung unbefugt? Wenn der Handlungsgehilfe (nach der Ausdrucksweise des alten Handelsgesetzbuchs) einen rechtmäßigen Hinderungsgrund nicht hatte. Die Frage spitzt sich also darauf zu: wann ist der Handlungsgehilfe berechtigt, vom Dienste fortzubleiben?

Er ist es beispielsweise bei bewilligtem Urlaub, bei Erkrankung. Ferner muß ihm nach erfolgter Kündigung des dauernden — nicht bloß zu vorübergehender Aushilfe abgeschlossenen — Dienstverhältnisses auf sein Verlangen gestattet werden, während angemessener Zeit sich zum Zwecke der Aufsuchung einer neuen Stellung zu entfernen (BGB. § 629). Das darf er unstreitig auch, wenn sein berechtigtes Verlangen vom Prinzipal abgelehnt wird. Wie lange und zu welcher Tageszeit der Gehilfe sich zu dem Zwecke aus dem Geschäft entfernen darf, läßt sich allgemein nicht bestimmen. Diese Frage muß in jedem Falle mit Rücksicht insbesondere auf den Geschäftsgang, die Entbehrlichkeit des Gehilfen, die im Orte übliche Zeit der Vorstellung usw. eingehend gewürdigt werden; jedenfalls kann ihre Beantwortung nicht der Willkür des Handlungsgehilfen überlassen sein.[2]) Das Recht hat der Handlungsgehilfe von dem Augenblicke an, wo er oder der Prinzipal die Kündigung erklärt. Aber der Gehilfe kann natürlich nicht dadurch, daß er die Kündigung eher als notwendig erklärt, die Zeit seines erlaubten Fernbleibens vom Geschäft willkürlich erweitern. Kündigt er vorzeitig, so entsteht das Recht doch erst mit dem Beginne der gesetzlichen oder vereinbarten Kündigungsfrist.

Während der Zeit, die durch Gesetz oder Verordnung dem

---

[1]) GKG. Bd. 10 S. 183.
[2]) JKG. S. 247, 238, 239.

geschäftlichen Verkehre entzogen ist — vgl. die Vorschriften über die Arbeitszeit in offenen Verkaufsstellen (GO. §§ 139 c, d, e) sowie über die Sonntagsruhe (GO. §§ 154 Abs. 1, 105 b) und die hierzu im Verwaltungswege ergangenen Anordnungen — ist der Handlungsgehilfe befugt, den Dienst zu versäumen.[1]) Dies gilt auch für gesetzlich nicht anerkannte, aber nach Religionsvorschrift hochzuhaltende Feiertage. Daher darf der jüdische Handlungsgehilfe an seinem Neujahrs- und Versöhnungsfeste fortbleiben,[2]) wenn nicht ausnahmsweise besondere und schwerwiegende Gründe ihm die Vergünstigung nehmen. Die gegenteilige Meinung Makowers[3]) ist nicht anzuerkennen, und ihre Begründung, niemand könne verlangen, daß er außer den staatlich anerkannten Festtagen noch andere Ruhetage habe, ist nicht stichhaltig. Denn die Bedeutung der hohen Feiertage ist für den Gläubigen jeder Konfession nicht die, von der gewohnten Tätigkeit zu ruhen; ihr Zweck ist vielmehr, ihn von der Berufsarbeit ab und zu ernster Sammlung, religiöser Weihestimmung hinzulenken. Im Sinne des Gesetzgebers ist die Rücksichtnahme auf den frommen Glauben des Handlungsgehilfen durchaus. Diese Tendenz spricht aus der Bestimmung in § 62: Ist der Handlungsgehilfe in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Prinzipal in Ansehung .. der Arbeitszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die ... Religion des Handlungsgehilfen erforderlich sind. Natürlich darf nicht eine übertriebene Rücksichtnahme gefordert werden. Daß der jüdische Handlungsgehilfe z. B. (ohne daß es im Dienstvertrage ausdrücklich vorbehalten war) jeden Sabbat von der Arbeit überhaupt oder von Schreibarbeiten befreit werde, weil es seine Religion so verlangt, das ist unvereinbar mit den Anforderungen, die das rege Geschäftsleben der Gegenwart an jeden stellt, der daran teilnimmt.

Bei Dienstversäumnis wegen Krankheit ist folgendes zu beachten. Wenn der Handlungsgehilfe krank wird, gleichvie

---

[1]) JKG. S. 242.

[2]) Ebenso Staub S. 331; Düringer-Hachenburg S. 451; Lehmann-Ring S. 176; Goldmann S. 351.

[3]) S. 222.

ob mit oder ohne sein Verschulden, ob er durch die Krankheit ans Zimmer gefesselt ist oder nicht,[1]) unter Umständen schon, wenn er sich krank und arbeitsunfähig fühlt, ist er berechtigt, vom Dienste fortzubleiben, doch auch verpflichtet, sich unverzüglich zu entschuldigen und im übrigen die Heilung möglichst zu beschleunigen, mindestens aber nicht aufzuhalten. Die Entschuldigung ist keine leere Formalität, sondern hat den Zweck, durch Angabe von Grund und voraussichtlicher Dauer des Fernbleibens den Prinzipal in die Möglichkeit zu versetzen, geeignete Maßregeln zur Verhütung von Stockungen im Geschäftsbetriebe zu treffen.[2]) Deshalb ist die Entschuldigung entbehrlich, wenn der Prinzipal anderweite Kenntnis hiervon erlangt hat, und sie verfehlt ihren Zweck, wenn sie nachträglich vorgenommen wird.

Wenn wir zugeben, daß der Gehilfe zur unverzüglichen Entschuldigung, richtiger Anzeige von Grund und Dauer der Verhinderung verpflichtet ist, so tragen wir doch Bedenken, an die Nichterfüllung dieser Pflicht die Rechtsfolge der Entlassungsmöglichkeit zu knüpfen.[3]) Aus § 72 Ziff. 2 ist sie keinesfalls zu entnehmen. Denn ist der Handlungsgehilfe tatsächlich erkrankt, so ist die Dienstversäumnis auch bei mangelnder Anzeige keine unbefugte. Ob die Unterlassung der Anzeige im einzelnen Falle sich etwa als geflissentliche Respektverweigerung gegenüber dem Prinzipal charakterisiert und deshalb (nach § 70) die Entlassung rechtfertigt, ist eine andere Frage.[4])

Es ist in Literatur und Rechtsprechung strittig, ob der erkrankte Handlungsgehilfe ohne dahingehende Vereinbarung verpflichtet sei, sich vom Vertrauensarzte des Prinzipals untersuchen zu lassen. Daß er sich von ihm nicht behandeln lassen muß, sondern sich dem Arzte seiner Wahl anvertrauen darf, ist allgemein anerkannt. Im übrigen stehen sich zwei Meinungen gegenüber. Nach Horrwitz[5]) braucht sich der Handlungsgehilfe nicht der Untersuchung durch den vom Prinzipale be-

[1]) BRK. 1894 S. 26, 1901 S. 20.
[2]) JKG. S. 244; vgl. auch ROLG. Bd. 16 S. 87.
[3]) So das Kaufmannsgericht Berlin in JKG. S. 239.
[4]) vgl. Busch Bd. 21 S. 351.
[5]) S. 138.

nannten Arzt zu unterziehen, und zwar auch dann nicht, wenn der Prinzipal die Kosten für sie übernimmt. Es ist aber dem Geschäftsherrn ein berechtigtes Interesse nicht abzusprechen, durch den Arzt seines Vertrauens feststellen zu lassen, ob der Gehilfe wirklich so krank ist, daß er seinen Dienst nicht verrichten kann. Deshalb ist der andern Meinung der Vorzug zu geben, daß nämlich der Handlungsgehilfe angehalten ist, sich die Untersuchung des Geschäftsarztes gefallen zu lassen, wenn sie nur ohne sonderliche Beschwerden und vor allem ohne Unkosten für ihn erfolgt.[1]) Daraus ist jedoch nicht zu folgern, daß sich der Handlungsgehilfe dem Votum dieses Arztes unbedingt fügen müsse, falls er sich nicht etwa im Dienstvertrage ausdrücklich dazu verbunden hatte. Denn maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob unbefugte Dienstversäumnis vorliegt, kann nicht das Urteil dieses oder jenes Arztes sein, sondern allein der objektive Gesundheitszustand des Handlungsgehilfen, dessen Feststellung im Prozesse mit den Beweismitteln der Zivilprozeßordnung[2]) zu erfolgen hat. Hatte der Handlungsgehilfe übrigens einen Kassenarzt konsultiert, so muß dessen Bescheinigung angesichts der besonderen Vertrauensstellung, die er im öffentlichen Leben einnimmt, dem Prinzipale genügen; Weigerung des Gehilfen, sich darnach auch vom Geschäftsarzt untersuchen zu lassen, ist mithin unmöglich Entlassungsgrund.[3]) Über Entlassung wegen anhaltender Krankheit siehe unten unter Ziff. 3.

Andere Fälle, in denen der Handlungsgehilfe zur Dienstversäumnis berechtigt ist, lassen sich in Menge ausdenken. Jedes Ausbleiben des Handlungsgehilfen ist befugtes, das in Erfüllung höherer Pflichten seinen Grund hat. Solche liegen dem Handlungsgehilfen bei elementaren Ereignissen ob: bei einer Feuersbrunst muß er die Rettung seiner Angehörigen höher achten als das Geschäftsinteresse seines Prinzipals. Eine Handlungsgehilfin darf vom Dienste fernbleiben, um ihren schwer

[1]) So Makower S. 222; wohl auch Staub S. 331; vgl. ferner BRK. 1901 S. 20, 1904 S. 105.

[2]) vgl. insbesondere §§ 485 ff. ZPO.

[3]) BRK. 1903 S. 58; JKG. S. 229; a. M. Makower S. 222.

erkrankten Vater zu pflegen.[1]) Verpflichtungen öffentlichrechtlicher Natur entbinden den Handlungsgehilfen von den Dienstleistungen, so z. B. Ausübung der Schöffen- oder Geschworenenfunktion, der Zeugenpflicht, des Wahlrechts für staatliche, kommunale oder kirchliche Körperschaften. Auch militärische Dienstleistungen gehören hierher, sofern sie die Zeit von acht Wochen nicht übersteigen (vgl. § 72 Ziff. 3).

Dagegen ist Ausbleiben zur Erfüllung bloßer Anstandspflichten, gesellschaftlicher Pflichten, wie Teilnahme an Stiftungsfesten, Geburtstagen, Begräbnissen usw., ohne eingeholten Urlaub nicht gestattet. In besonderen Fällen ist wieder anders zu entscheiden; wenn es sich um das Begräbnis des eigenen Vaters handelt, ist Teilnahme hieran für den Handlungsgehilfen sittliche Pflicht, an deren Erfüllung ihn auch ein Verbot des Prinzipals nicht hindern kann.

Die Weigerung, den Dienstverpflichtungen nachzukommen, muß beharrlich sein, wenn anders die Entlassung auf sie gestützt werden soll; andrerseits braucht sie sich nicht notwendig auf die Gesamtheit der Dienstverpflichtungen zu erstrecken. Es darf also nicht jeder geringfügige Widerspruch gegen einen beiläufig erteilten Dienstbefehl mit der Entlassung beantwortet werden. Allgemeingültige Regeln lassen sich auch hier nicht aufstellen. Wann Beharrlichkeit vorliegt, ist lediglich Tatfrage und nicht nach Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Die Weigerung, eine aufgetragene, zu seinen Obliegenheiten gehörige Arbeit auszuführen, braucht nicht tage- oder gar wochenlang fortgesetzt zu werden, um als beharrliche zu erscheinen. Je nach Lage des Falles genügt die wiederholte Ablehnung eines mehrfach geäußerten Dienstbefehls. Wird anfängliche Weigerung vom Handlungsgehilfen baldig aufgegeben, so kann von beharrlicher Weigerung nicht gesprochen werden. Ebensowenig dann, wenn der Gehilfe dem selbst wiederholten Dienstbefehle nachzukommen versprochen, aber jedesmal aus Saumsal oder Unachtsamkeit, jedenfalls nicht mit Absicht unterlassen hat.[2])

[1]) GKG. Bd. 12 S. 186.
[2]) ROLG. Bd. 5 S. 268.

Weigerung setzt, wie früher ausgeführt, regelmäßig ausdrückliche Aufforderung des Prinzipals voraus, eine bestimmte Arbeit zu erledigen. Die Aufforderung, eine ihm nicht zukommende Arbeit zu verrichten, kann der Handlungsgehilfe unbeachtet lassen. Nur Weigerung, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen, ist Entlassungsgrund. Daher ist kein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung gegeben, wenn der als Reisender angestellte Handlungsgehilfe sich weigert, im Bureau tätig zu sein; denn er ist im allgemeinen hierzu nicht verpflichtet,[1]) wenn nicht etwa eine derartige Verpflichtung in den Anstellungsvertrag aufgenommen war. Ein anderes Beispiel, in dem der Handlungsgehilfe zur Weigerung, der Prinzipal nicht zur Entlassung berechtigt war, ist dies[2]): Dem Gehilfen, der eine Verletzung an der Hand hatte, wurden Reinigungsarbeiten aufgetragen; er fürchtete mit Recht die Gefahr einer Blutvergiftung und weigerte sich deshalb, diese gesundheitsschädliche Arbeit zu verrichten, solange seine Hand nicht vollständig geheilt war.

Überstunden braucht sich der Handlungsgehilfe ohne besondere Vergütung regelmäßig nicht gefallen zu lassen. Er darf sich aber nicht weigern, dringende Arbeiten nach Ablauf der Geschäftsstunden zu erledigen, sofern sie nicht erhebliche Zeit beanspruchen.[3]) Nur während der Hochsaison sind auch erhebliche Überschreitungen der gewöhnlichen Geschäftsstunden zulässig. Weigerung zur Leistung von Überstunden ist daher regelmäßig kein Entlassungsgrund.

3. Wenn er durch anhaltende Krankheit, durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit oder durch eine die Zeit von acht Wochen übersteigende militärische Dienstleistung an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird. Unter anhaltender Krankheit ist mit Makower[4]) eine solche zu verstehen, die mit Rücksicht auf die Art der Erkrankung voraussichtlich auf längere Zeit hinaus eine Störung der Arbeitsfähigkeit herbeiführen wird. Der

[1]) JKG. S. 170.
[2]) JKG. S. 242.
[3]) GKG. Bd. 12 S. 137.
[4]) S. 223.

Endpunkt der Krankheit muß im Augenblick der Kündigung noch im weiten liegen. Deshalb ist nicht die Dauer der Erkrankung an sich maßgebend, sondern entscheidend ist nur die voraussichtliche Krankheitsdauer nach der Kündigung. Ihre Dauer vor diesem Tage kommt hier nicht in Betracht; hat der Prinzipal einige Wochen gewartet und steht jetzt die Genesung in baldiger Aussicht, so kann er den Handlungsgehilfen nicht mehr entlassen.[1]) Denn jetzt ist der Handlungsgehilfe nicht mehr lange an der Verrichtung seiner Dienste verhindert. Wann eine Krankheit in diesem Sinne als anhaltend zu bezeichnen sei, kommt auf die Umstände an. Je nach der größeren oder geringeren Entbehrlichkeit des erkrankten Handlungsgehilfen für den regelmäßigen Geschäftsbetrieb wird längere oder kürzere Krankheitsdauer den Begriff erfüllen.

Die von Staub[2]) vertretene Meinung, die voraussichtliche Dauer müsse sechs Wochen übersteigen, folgt weder aus der Sache noch findet sie im Gesetze eine genügende Stütze. § 63 wird von Staub zu Unrecht ins Feld geführt. Dieses Gesetz trifft lediglich über die Ansprüche des Handlungsgehilfen Verfügung, wenn er durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert wird; auf die Frage der Entlassung ist es ohne Bezug. So kommt z. B. bei letzterer Frage gar nichts darauf an, ob die Krankheit verschuldet war oder nicht.

Herrschender Ansicht nach ist der in § 63 dem Handlungsgehilfen zugebilligte Anspruch ein auf dem Dienstvertrage beruhender. Wird ihm der Grund genommen, eben der Dienstvertrag, dann besteht er nicht mehr. Der Gehilfe, der am 1. 1. 1909 auf ein Jahr angestellt wird, fällt am 15. 12. 1909 in schwere Krankheit; er kann nicht Gehalt für sechs Wochen beanspruchen, sondern nur für die Zeit bis zum 31. 12. 1909. Es ergibt sich dies klar aus § 63 selber. Dieser gewährt dem Handlungsgehilfen, wenn er durch nicht selbst verschuldetes Unglück an der Dienstleistung verhindert wird, nicht etwa schlechthin

---

[1]) ROLG. Bd. 3 S. 77, Bd. 10 S. 236.
[2]) S. 332.

Anspruch auf Gehalt und Unterhalt auf sechs Wochen, sondern er sagt: Wird der Handlungsgehilfe . . . an der Leistung der Dienste verhindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus. D. h. niemals auf längere Zeit, unter Umständen aber, nämlich wenn der Vertrag vorher abläuft, auf kürzere.[1])

Es wäre jedoch eine Härte für den Handlungsgehilfen und stände im schroffen Gegensatz zu dem sozialen Charakter der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Handlungsgehilfen, wenn der Prinzipal sich in jedem Falle der Verpflichtung zur Weiterzahlung des Gehalts an den erkrankten Handlungsgehilfen dadurch entziehen könnte, daß er ihn gemäß § 72 Ziff. 3 alsbald nach der Erkrankung entläßt. Deshalb ist in § 72 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt: Erfolgt die Kündigung, weil der Handlungsgehilfe durch unverschuldetes Unglück längere Zeit an der Verrichtung seiner Dienste verhindert ist, so wird dadurch der in § 63 bezeichnete Anspruch des Gehilfen nicht berührt. Wird also der am 1. 1. 1909 auf ein Jahr angestellte Gehilfe am 1. 4. 1909 schwer krank und deshalb am 2. April entlassen, so ist er trotz Vertragslösung kraft gesetzlicher Vorschrift berechtigt, das Gehalt für die nächsten sechs Wochen zu fordern.

Wie steht es, wenn derselbe Gehilfe nicht schon am 2. April, sondern am 1. Mai entlassen wird? Rechnen die sechs Wochen, für die er noch Gehalt verlangen darf, vom Tage nach der Diensteinstellung oder Entlassung? Unbedenklich vom Tage nach[2]) der infolge Krankheit notwendigen Diensteinstellung. Das Oberlandesgericht Karlsruhe[3]) gibt hierüber folgende zutreffende Ausführungen:

Wenn die gegenteilige Meinung geltend macht, der Prinzipal habe es dann in der Hand, mit der Kündigung nach Belieben zu warten und den kranken Gehilfen kurze Zeit vor Ablauf der sechs Wochen brotlos zu machen, so übersieht sie zweierlei. Einmal

---

[1]) ERZ. Bd. 48 S. 180.
[2]) vgl. BGB. § 187 Abs. 1.
[3]) ROLG. Bd. 3 S. 77.

würde es eine durch nichts zu rechtfertigende Zumutung an den Prinzipal sein, nachdem er einen Monat lang Gehalt ohne Gegenleistung gezahlt hat, schließlich weil die erwartete Besserung ausbleibt, noch einmal sechs Wochen lang Gehalt zahlen zu sollen. Und andrerseits ist der Gehilfe vor Schädigung gesichert, denn wenn seine Genesung in baldiger Aussicht steht, ist seine Krankheit nicht mehr eine anhaltende, die Entlassung also unzulässig. Ist sie aber nicht in Aussicht, dann schadet dem Gehilfen das Entlassenwerden an sich nicht, denn als Kranker fände er auch keine Stellung, wenn er Zeit zu ihrem Aufsuchen hätte.

Aus dem oben Gesagten erhellt, daß der Anspruch des erkrankten Handlungsgehilfen auf Fortzahlung des Gehalts nicht mehr besteht, wenn der Dienstvertrag, sei es durch Zeitablauf oder nach ordentlicher Kündigung, vorher zu Ende geht. Der Anspruch wird vom Gehilfen verwirkt, wenn er innerhalb des sechswöchigen Zeitraums sich etwas zuschulden kommen läßt, was dem Prinzipal das Recht gibt, den Anstellungsvertrag nach §§ 70, 72 aufzulösen.

Die Vorschrift des § 72 Abs. 2 kann wie die in § 63 Abs. 1 im voraus durch Vereinbarung außer Kraft gesetzt werden. Dagegen kann die Vorschrift von § 63 Abs. 2, die auch auf unseren Fall anzuwenden ist, durch Parteivereinbarung nicht beseitigt werden: der Handlungsgehilfe ist nicht verpflichtet, sich den Betrag anrechnen zu lassen, der ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.

Anhaltende Krankheit ist an sich kein wichtiger Grund, dem Gehilfen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Hinzukommen muß, daß er durch sie an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird. Deshalb ist richtiger Ansicht nach Geschlechtskrankheit — die, beiläufig bemerkt, kein „unverschuldetes" Unglück im Sinne von § 63 ist[1]) — kein Entlassungsgrund, wenn sie den Handlungsgehilfen bei der Ausübung seiner Tätigkeit nicht stört.[2]) Besondere Umstände können eine andere Entscheidung rechtfertigen; der Verkäufer in einem Delikatessen-

---

[1]) ROLG. Bd. 8 S. 95.
[2]) BRK. Bd. 94 S. 26.

warengeschäft z. B. muß sich aus dem Grunde die fristlose Kündigung gefallen lassen.[1])

Wo nur anhaltende Kränklichkeit, z. B. starke Nervosität vorliegt, die ein öfteres Unterbrechen unter alsbaldiger Wiederaufnahme der Arbeit zum Gefolge hat, wird je nach Gestaltung des Falles die Entlassung als Ausnahme zulässig sein. Unter Umständen kann auch eine ekelerregende Krankheit von nicht erheblicher Dauer gemäß § 70 Kündigungsgrund sein, auch wenn sie nicht an der Verrichtung der Dienste hindert.[2])

Längere Freiheitsstrafe ist ein weiterer Entlassungsgrund. Auch hier läßt sich nicht allgemein sagen, was als Minimaldauer gelten soll. Nur im konkreten Falle ist unter Berücksichtigung aller Einzelumstände, wie Größe des Betriebs, Art des Geschäftsganges, Entbehrlichkeit des Handlungsgehilfen, zu entscheiden, ob eine zu verbüßende Freiheitsstrafe eine längere ist. Wenn Staub[3]) auch kurze Freiheitsstrafen Entlassungsgrund sein läßt, nämlich dann, wenn sie wegen einer unehrenhaften Handlung verhängt wurden, so hat er im Ergebnis recht; Grund der Entlassung ist hier aber nicht die Freiheitsstrafe, sondern die Straftat, wegen der sie verhängt wurde (§ 70).

Was den nächsten Entlassungsgrund: eine die Zeit von acht Wochen übersteigende militärische Dienstleistung — anlangt, so bedarf er keiner Erläuterung. Eines interessanten Urteils des Reichsoberhandelsgerichts[4]) mag hier Erwähnung geschehen; darnach ist auch die Einberufung zum Krieg wichtiger Grund zur Entlassung, denn in diesem Falle ist zu vermuten, daß die militärische Dienstleistung länger als acht Wochen dauern werde.

4. Wenn er sich Tätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Prinzipal oder dessen Vertreter zuschulden kommen läßt. Die Auffassung des Strafrichters von einem konkreten Tatbestande ist nicht unbedingt maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob ein wich-

---

[1]) GKG. Bd. 11 S. 335; BRK. 1904 S. 85.

[2]) Ebenso Staub S. 332; Goldmann S. 352; ZHR. Bd. 14 S. 538; a. M. Makower S. 223.

[3]) S. 332.

[4]) EOHG. Bd. 8 S. 155.

tiger Grund zur Kündigung gegeben sei. Hierüber ist schon an andrer Stelle[1]) gesprochen worden. Zu beachten ist, daß der Handlungsgehilfe Angestellter des Prinzipals und ihm unterstellt ist; als Untergebener schuldet er seinem Vorgesetzten und Brotherrn mehr Rücksicht und Respekt als dieser ihm.[2])

Besonders reiflich muß die Frage nach dem Vorliegen eines Entlassungsgrundes erwogen werden, wenn der Handlungsgehilfe eine ungehörige Behandlung des Prinzipals mit objektiv beleidigenden Äußerungen erwidert. Das gilt insbesondere für gegenseitige Beleidigungen. Es ist richtig, daß der Gehilfe zur Wiederherstellung seiner Ehre nicht erst zum Gerichte laufen muß, sondern sich selber durch maßvolle Entgegnung verteidigen kann; hierbei muß ihm gestattet sein, eine deutliche und kräftige Sprache zu reden, wie sie ohne die vorhergegangene Provokation dem Prinzipal gegenüber als unangemessen erscheinen würde.[3]) Andrerseits ist jede Überschreitung des zur Abwehr der Beleidigung erforderlichen Maßes unzulässig. Die Grenze statthafter Gegenwehr zu erkennen, ist aber Sache kühler Überlegung, deren der angegriffene Gehilfe begreiflicherweise in der Erregung öfters nicht fähig sein wird. Deshalb ist der rechtlich nicht zu beanstandende Satz: Beleidigung gegen Beleidigung ist in gewissen Grenzen erlaubt, praktisch zu verwerfen. Die Zulässigkeit der Kompensation gegenseitiger Beleidigung schlechthin als Rechtssatz aufzustellen, ist denn auch vom Kaufmannsgericht Berlin[4]) abgelehnt worden.

Nicht jede abfällige Äußerung, sondern nur die erhebliche Ehrverletzung ist Kündigungsgrund. Eine in mehrfacher Hinsicht interessierende Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden[5]) sei hier mitgeteilt. Ein Handlungsgehilfe hatte im Laden zum Markthelfer gesagt: „Hier ist alles Beschiß, erst haben die Eimer 78 Pfennig gekostet und jetzt kosten sie 87 Pfennig“. Die hierauf erfolgte Entlassung ist als zu Recht bestehend erklärt

[1]) S. 53ff.
[2]) vgl. ROLG. Bd. 6 S. 189.
[3]) Bolze Bd. 13 Nr. 393; vgl. auch RG. in JurW. 1892 S. 274.
[4]) JKG. S. 232.
[5]) ROLG. Bd. 3 S. 79.

worden. Die Preissteigerung entsprach der Wahrheit; durch die übrigens unbegründete Nachrede des Betrugs ist aber der Prinzipal erheblich in seiner Ehre verletzt worden. Für unerheblich wurde dabei angesehen, daß der Geschäftsherr zur Zeit der Entlassung von jener Äußerung noch gar keine Kenntnis hatte. Da nämlich der Kündigende den Grund seiner Maßregel überhaupt erst im Prozesse anzugeben braucht, so war es gleichgültig, ob er ihn zur Zeit der Entlassung kannte, wenn der Grund nur tatsächlich vorgelegen hatte. Denn der Handlungsgehilfe mußte sich der ihm zur Last fallenden Verfehlung gegen seine Dienstpflicht schon damals bewußt sein.

Als wichtiger Grund zur Entlassung ist es auch anzusehen, wenn der Handlungsgehilfe die Angehörigen seines Prinzipals schwer beleidigt, z. B. dessen Ehefrau oder erwachsenen Tochter unsittliche Anträge stellt. Damit verletzt er zugleich die Ehre des Prinzipals.

Nicht unter § 72 fällt es, wenn der Handlungsgehilfe sich Tätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen Mitangestellte zuschulden kommen läßt. In besonders schweren Fällen können sie aber die Entlassung gemäß § 70 rechtfertigen.[1])

Das Gesetz stellt den Ehrverletzungen gegen den Prinzipal solche gleich, die gegen seinen Vertreter begangen werden. Unter Vertreter ist nicht nur derjenige zu verstehen, der den Chef auch nach außen im rechtsgeschäftlichen Verkehr vertritt, wie der Prokurist, Handlungsbevollmächtigte. Als Vertreter in diesem Zusammenhange gilt vielmehr jeder, der im Betriebe oder einem Teile des Betriebes vom Prinzipal mit dem Befehlsrechte oder der Aufsicht über Angestellte betraut ist, innerhalb seines Wirkungskreises.

Soweit die gesetzlichen Entlassungsgründe. Über weitere wichtige Gründe ist eine stattliche Menge von Entscheidungen, auch höherer Gerichte, ergangen, von denen nur einige hier wiedergegeben werden sollen. Zu betonen ist immer wieder, daß sich eine allgemeingültige Regel nicht aufstellen läßt, sondern stets alle einzelnen Umstände des konkreten Falles

[1]) JKG. S. 226.

genau geprüft werden müssen, ehe an die Entscheidung der Frage gegangen werden kann, ob ein triftiger Entlassungsgrund vorliegt.

Als Entlassungsgrund wurde es angesehen, daß der Gehilfe, der eine besondere Vertrauensstellung (z. B. als Prokurist) einnahm, in Konkurs oder überhaupt in Vermögensverfall geriet.[1]) Unsittlicher Lebenswandel war im alten Handelsgesetzbuch (Art. 64 Ziff. 6) ausdrücklich als Entlassungsgrund erwähnt; im § 72 ist er unter den Entlassungsgründen nicht mehr aufgezählt, weil das im Hinblick auf § 70 überflüssig erschien. Nicht jeder außereheliche Geschlechtsverkehr des Gehilfen rechtfertigt seine Entlassung, sondern nur ein solcher Lebenswandel, der auf das Dienstverhältnis ungünstig zurückwirkt; sei es, daß er geeignet ist, im Geschäfte oder öffentlich Ärgernis zu erregen,[2]) sei es, daß er die Dienstleistungen des Angestellten beeinträchtigt.[3]) Ein Handlungsgehilfe durfte entlassen werden, weil er sich als absolut unfähig erwies, die übernommene Stellung auszufüllen.[4])

§ 9.

Die Folge der begründeten fristlosen Kündigung ist die Aufhebung des Dienstverhältnisses. Der Vertrag wird im Augenblick der Kündigungserklärung, genauer mit ihrem Zugehen, gelöst. Der Handlungsgehilfe ist nicht mehr zur Leistung der Dienste verpflichtet, der Prinzipal nicht mehr zur Gewährung der Vergütung. Den Gehalt bis zu diesem Augenblicke zu fordern, ist der Gehilfe natürlich berechtigt; er kann den seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung (pro rata temporis) verlangen (BGB. § 628 Abs. 1), im Regelfalle ohne Rücksicht darauf, ob seine bisherigen Leistungen für den Prinzipal von Wert waren oder nicht. Die ihm zukommende Vergütung ist mit der Beendigung des Dienstverhältnisses fällig, ohne

---

[1]) EOHG. Bd. 18 S. 28; ERZ. Bd. 12 S. 102.
[2]) ERZ. Bd. 38 S. 115; BRK. 1904 S. 85.
[3]) GKG. Bd. 11 S. 220.
[4]) ROLG. Bd. 3 S. 78.

Rücksicht auf die Fälligkeitstage bei bestehendem Dienstvertrage.

Die Berechnung des dem Handlungsgehilfen gebührenden Teiles des Gehalts wird regelmäßig keine Schwierigkeiten machen. Für den commis intéressé ist die Berechnung des auf ihn entfallenden Geschäftsgewinnes aber erst möglich, wenn diejenige Geschäftsperiode abgelaufen ist, an deren Gewinn er vereinbarungsgemäß partizipiert. War ihm ein bestimmter Prozentsatz des Jahresgewinnes zugesichert — was im Zweifel als vereinbart anzunehmen ist —, so ist nach Ablauf des Jahres zunächst die Summe festzustellen, die der interessierte Gehilfe erhalten hätte, wenn er bis jetzt im Dienst verblieben wäre; von dieser Summe ist ihm ein der Zeit seines tatsächlichen Verbleibens entsprechender Bruchteil auszuzahlen.[1])

Schwankend ist die Rechtsprechung über die Frage, ob die Weihnachts- und Neujahrsgratifikation bei vorherigem Dienstaustritt anteilig oder gar nicht zu zahlen ist. Die Frage ist z. B. vom Oberlandesgericht Hamburg[2]) im letzteren Sinne, vom Kaufmannsgericht Fürth[3]) im ersteren Sinne beantwortet worden.

Ist dem Handlungsgehilfen vertraglich eine Weihnachtsgratifikation zugesagt, so bildet diese Extravergütung einen Teil der vereinbarten Vergütung, auch wenn über die Höhe nichts vereinbart wurde; in diesem Falle gilt die ortsgebräuchliche event. angemessene als vereinbart (vgl. HGB. § 59). Der vor Weihnachten austretende Gehilfe hat solchenfalls unseres Erachtens Anspruch auf einen, seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Weihnachtsgratifikation. Daran ändert die an sich richtige Erwägung nichts, daß die Gratifikation nicht nur Belohnung für geleistete Dienste ist, sondern zugleich den Zweck verfolgt, den Gehilfen bis zum Zeitpunkte der regelmäßigen Fälligkeit der Gratifikation im Dienstverhältnisse festzuhalten, daß sie also nicht nur Belohnung für die Vergangenheit, sondern zugleich Ansporn für die Zukunft sein soll. Weil sie auch der Vergangenheit angehörige

---

[1]) EOHG. Bd. 19 S. 122; ZHR. Bd. 46 S. 486.
[2]) ROLG. Bd. 12 S. 417.
[3]) GKG. Bd. 12 S. 157.

Dienste mit ablohnt, ist wenigstens ein Teil verdient, wenn der Vertrag vor Weihnachten beendigt wird.[1]) Der Gültigkeit einer Abrede steht aber nichts im Wege, wonach die Weihnachtsgratifikation keinesfalls, auch nicht anteilig, ausgezahlt werden soll, wenn der Gehilfe am Tage der Auszahlung nicht mehr im Dienste des Prinzipals ist.[2])

Hatte der Prinzipal die Vergütung für eine Zeit nach der Vertragslösung im voraus entrichtet, so hat sie der Gehilfe nach Maßgabe des § 347 BGB. oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgte, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (BGB. § 818) zurückzuerstatten (BGB. § 628 Abs. 1). Nach § 347 BGB. ist die rückzugewährende Summe von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen, nach § 818 BGB. sind die „gezogenen Nutzungen", also nur die tatsächlich gewonnenen Zinsen herauszugeben. Ersterenfalls ist die schuldige Summe mit 4% zu verzinsen (BGB. § 246), nicht etwa mit 5%; denn der Anwendung von § 352 HGB. steht entgegen, daß der Dienstvertrag zwischen Prinzipal und Gehilfen, weil dieser kein Kaufmann ist, ein beiderseitiges Handelsgeschäft nicht darstellt (HGB. § 343).

Endlich ist noch § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB. beachtlich. Darnach steht dem Handlungsgehilfen, wenn er fristlos kündigt, ohne durch vertragswidriges Verhalten des Prinzipals dazu veranlaßt zu sein, oder wenn er durch sein vertragswidriges Verhalten seine Entlassung verschuldet, ein Anspruch auf die Vergütung insoweit überhaupt nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den Geschäftsherrn kein Interesse haben. Dieser Fall wird selten genug eintreten. Er ist z. B. gegeben, wenn die Tätigkeit des Gehilfen im Geschäft so kurz war, daß er nur eben Zeit hatte, sich mit den Geschäftseinrichtungen vertraut zu machen, im Interesse des Geschäftes aber noch nicht wirken konnte.

---

[1]) Ebenso Goldmann S. 287; Staub S. 283; Horrwitz S. 69; a. M. Düringer-Hachenburg S. 411.

[2]) JKG. S. 276.

§ 70 Abs. 2 HGB. — gleichlautend mit § 628 Abs. 2 BGB. — verfügt: Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, welcher durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entsteht.

Vertragswidriges Verhalten kann nur als schuldhaftes Zuwiderhandeln gegen den Vertrag begriffen werden, als objektive und subjektive Pflichtverletzung.[1]) Denn es widerspricht dem Geiste der modernen Gesetzgebung, eine Schadensersatzpflicht unabhängig von der Frage des Verschuldens zu statuieren. Wäre es anders vom Gesetzgeber gewollt, so mußte er es expressis verbis aussprechen. Ein objektiv vertragswidriges Verhalten, dessen man sich nicht bewußt ist, berechtigt unter Umständen den anderen Teil zur fristlosen Kündigung, verpflichtet aber nicht zum Schadensersatz.

Die Kündigung muß aus Anlaß von vertragswidrigem Verhalten erfolgt sein. Hatte also der Handlungsgehilfe seinen Vertragspflichten schroff zuwidergehandelt, der Prinzipal es jedoch verziehen, und wird der Gehilfe eine Woche darnach entlassen, weil er eine längere militärische Übung ableisten muß, so ist klar, daß dem Prinzipal ein Schadensersatzanspruch mangels ursächlichen Zusammenhanges zwischen Kündigung und Vertragswidrigkeit nicht zusteht. Wenn der Geschäftsherr aus Anlaß eines unzulänglichen Grundes, der übrigens ein vertragswidriges Verhalten des Gehilfen nicht enthielt, die Entlassung aussprach, sie nachträglich aber mit dem Nachweise zu stützen vermag, daß der Handlungsgehilfe im Dienste untreu gewesen sei, so hat er zweifellos die Schadensersatzforderung aus § 70 Abs. 2. Denn die wirksame Kündigung ist durch vertragswidriges Verhalten des Handlungsgehilfen veranlaßt, mag auch der Prinzipal aus anderem Grunde die Entlassung ausgesprochen haben. Dies ist ein Ausfluß des mehrfach erwähnten Grundsatzes, daß die Angabe des Kündigungsgrundes zunächst entbehrlich und die Angabe eines falschen Grundes unschädlich ist.

Über den Umfang des Ersatzanspruchs ist hier weniges zu

---

[1]) ROLG. Bd. 8 S. 255.

sagen. Nach § 249 BGB. soll der Schadensersatzpflichtige den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand — die durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßte Kündigung mit der Folge der Aufhebung des Dienstverhältnisses — nicht eingetreten wäre. Nach § 252 BGB. umfaßt der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn.

Darnach darf der Handlungsgehilfe verlangen: den Gehalt und alles, was er sonst bezogen hätte, bis zum Ablaufe der vereinbarten Dienstzeit oder (bei Verträgen auf unbestimmte Zeit) bis zum Ablaufe der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Kündigungsfrist.[1]) Die zeitliche Beschränkung bei den auf unbestimmte Dauer laufenden Verträgen ist offenbar so nötig wie berechtigt. Denn der Prinzipal durfte unter Beobachtung der Kündigungsfrist dem Gehilfen immer kündigen und sich so der Zahlungspflicht entledigen (vgl. BGB. § 249). Etwa vereinbarter Unterhalt ist dem Handlungsgehilfen für diesen Zeitraum in Geld zu ersetzen (BGB. § 251). Von den festen oder mutmaßlichen Spesen, die er als Handlungsreisender in dieser Zeit bezogen hätte, muß er sich einen Abzug gefallen lassen, nämlich so viel, als er durch Fortfall des kostspieligeren Reiseaufwandes erspart. In sinngemäßer Anwendung des billigen Rechtsgedankens, der in §§ 324 Abs. 1 Satz 2, 615 Satz 2 BGB. ausgesprochen ist, muß vom Handlungsgehilfen verlangt werden, daß er seinerseits nichts verabsäumt, die Schadensforderung nach Möglichkeit herabzusetzen.[2]) Alles, was er in der Zeit in anderer Stellung — oder nach erfolgter Etablierung — verdient[3]) oder was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste zu erwerben böswillig unterläßt, ist ihm von seiner Forderung zu kürzen. Die Beweislast hierfür trifft den Prinzipal.[4]) Daß sich der Handlungsgehilfe, wie Staub[5]) in diesem Zusammenhange für erforderlich hält, um eine neue Stellung bemühen muß, ist als zu weitgehend

[1]) ERZ. Bd. 36 S. 53.
[2]) vgl. auch BGB. § 254 Abs. 2.
[3]) ERZ. Bd. 38 S. 119.
[4]) RG. in Seuffert Bd. 61 S. 138.
[5]) S. 323.

abzulehnen. Er darf nur eine ihm angebotene, unter Umständen auch vom letzten Prinzipale angebotene neue Stelle nicht ausschlagen, vorausgesetzt, daß sie der bisher innegehabten gleichwertig, mindestens nicht wesentlich untergeordnet ist.[1])

Hat auch der Handlungsgehilfe seinerseits dem Prinzipal einen wichtigen Grund zur Entlassung gegeben, so entfällt sein Schadensersatzanspruch. Solchenfalls erleidet der Handlungsgehilfe durch seine Kündigung keinen Schaden. Wäre sie nämlich nicht erfolgt, so hätte ihn der Prinzipal entlassen können, das Dienstverhältnis hätte also auch dann ein vorzeitiges Ende gefunden. Das gilt selbst dann, wenn der Geschäftsherr von dem vorhandenen Kündigungsgrunde erst später Kenntnis erlangt.

Der Schadensersatzanspruch ist ein Surrogat des dem Handlungsgehilfen zustehenden Vergütungsanspruches. Er unterliegt sowohl hinsichtlich des Vorrechts im Konkurse als auch hinsichtlich der Pfändungsbeschränkung der Zurückbehaltung und der Verjährung den gleichen Vorschriften wie der Vergütungsanspruch selber.[2])

Welcher Schaden kann dem Prinzipal durch die Entlassung des Handlungsgehilfen erwachsen? Er muß Insertionskosten, Vermittlungsgebühren aufwenden, um eine Ersatzkraft zu bekommen. Vielleicht findet er einen neuen Gehilfen nur gegen höheres Honorar; die Differenz dieses mit dem bisher gezahlten Gehalte muß der entlassene Handlungsgehilfe so lange ersetzen, bis der Dienstvertrag mit ihm, sei es durch Zeitablauf, sei es durch die erste mögliche befristete Kündigung, ein ordnungsgemäßes Ende gefunden hätte. Vielleicht findet der Prinzipal trotz Bemühung überhaupt keinen neuen Gehilfen; dann ist er für den hierdurch entstehenden, zahlenmäßig von ihm nachzuweisenden[3]) Schaden, insbesondere entgangenen Geschäftsgewinn, zu entschädigen.

---

[1]) Ebenso Lehmann S. 205; Düringer-Hachenburg S. 393; Goldmann S. 340.

[2]) vgl. unten S. 86.

[3]) vgl. ZPO. § 287.

Wir sahen oben, daß dem kündigenden Handlungsgehilfen nicht die Pflicht obliegt, sich nach einem Ersatze umzutun. Wohl aber muß es der entlassende Prinzipal tun. Das folgt aus der selbstverständlichen Pflicht des Prinzipals zur sorgfältigen Geschäftsführung. Hierzu gehört, daß er ständig das erforderliche Personal hält. Müht er sich nicht, für einen entlassenen, notwendigen Gehilfen einen Ersatzmann zu finden, so läßt er es an der gebotenen Sorgfalt in der Führung seines Geschäftes fehlen und hat sich den Schaden, der durch Mangel an Arbeitskräften entstanden ist, mindestens teilweise selber zuzuschreiben (BGB. § 254).

Das sind die Folgen der berechtigten fristlosen Kündigung. Geschah sie ohne zutreffenden Grund, so ist sie als solche wirkungslos. Sie wirkt aber als ordentliche Kündigung, soweit diese rechtswirksam erklärt werden kann. Denn schärfer und deutlicher kann der Wille, das Vertragsverhältnis zu lösen, nicht gut ausgedrückt sein.

Im übrigen besteht das Dienstverhältnis nach wie vor weiter. In der Praxis führt diese juristische Folgerung mitunter zu merkbaren Unannehmlichkeiten. Denn ob der Grund zutreffend war oder nicht, entscheidet im Streitfalle erst das Gericht. Bis zum Erlaß des Urteils weiß keine Partei recht, wie sie sich zu verhalten hat. Der Prinzipal, der die Kündigung des Handlungsgehilfen als unbegründet nicht annimmt, ist durch das Fortbleiben des Gehilfen empfindlichen Störungen im regelmäßigen Geschäftsgange ausgesetzt. Der seiner Meinung nach zu Unrecht gekündigte Handlungsgehilfe ist ohne Stellung und muß doch in Befolgung von § 60 sich jeder konkurrierenden Handlung enthalten,[1]) weil — vielleicht — der Richter die Kündigung für unwirksam halten wird, § 60 aber während der rechtlichen, nicht faktischen Dauer des Vertrages beobachtet werden muß.

Zur möglichsten Vermeidung dieser Mißstände soll nach Fieberg[2]) folgendes Verfahren geeignet sein: Die Entlassung kann als Erfüllungsverweigerung seitens des Prinzipals angesehen

---

[1]) Mit der S. 59 erwähnten Einschränkung.

[2]) In DJZ. 1904 S. 486; ebenso Staub S. 320.

werden. Der Handlungsgehilfe, der die Entlassung für ungerechtfertigt hält, mag dem Prinzipal sofort erklären, daß er eine nachträgliche Erfüllung ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordere, oder daß er vom Vertrage zurücktrete. Hierzu ist er nach § 326 BGB. wohl berechtigt,[1]) auch ohne daß er dem Prinzipal, der offenbar mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist, zur Bewirkung dieser Leistung eine Frist setzt; denn die Erfüllungsverweigerung des Prinzipals rechtfertigt die Annahme eines Verzichts auf das Erfordernis der Fristbestimmung.[2])

Uns will indessen der praktische Nutzen aus dieser Konstruktion nicht recht einleuchten. Tritt der Gehilfe vom Vertrage zurück, so erreicht er das nämliche, wie wenn er die Entlassung ohne weiteres annimmt: das Vertragsverhältnis ist gelöst, er ist frei; das, was sich die Parteien gegenseitig zurückzugewähren[3]) haben, hebt sich auf. Verlangt der Gehilfe aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so hält er am Vertrage fest und ist infolgedessen an die Vorschrift in § 60 gebunden.

Untersuchen wir, welche Ansprüche dem Handlungsgehilfen zustehen, der seine Entlassung für ungerechtfertigt hält. Lediglich auf Feststellung der Unwichtigkeit des Kündigungsgrundes, des Fortbestehens des Dienstvertrags zu klagen, hat für ihn keinen Sinn; die Leistungsklage ist sein gegebenes Rechtsmittel. Er kann auf Zahlung der bedungenen Vergütung und vereinbarten Nebenbezüge für die Zeit klagen, in der seiner Meinung nach der Vertrag noch zu Recht besteht. Ist zur Bestimmung der Höhe dieser Bezüge, z. B. Provisionen, an sich die Tätigkeit des Handlungsgehilfen nötig, so geht sein Anspruch auf das, was er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erhalten haben würde, wenn er tätig gewesen wäre (BGB. § 252).

§ 258 ZPO. gestattet, auch wegen der erst nach Erlassung des Urteils fällig werdenden Gehaltszahlungen Klage, nämlich

---

[1]) A. M. Düringer-Hachenburg S. 393.
[2]) vgl. ERZ. Bd. 51 S. 347.
[3]) BGB. § 346.

auf künftige Entrichtung, zu erheben.[1]) Wenn nach gefälltem Urteile der Fall des § 615 Satz 2 BGB. eintritt, so geben die Bestimmungen in §§ 767, 769 ZPO. dem Prinzipale die Möglichkeit, eine Abänderung der urteilsmäßig festgelegten Zahlungspflicht herbeizuführen.

Der als Reisender angestellte Handlungsgehilfe hat zwar keinen Anspruch darauf, daß ihn der Prinzipal auf Reisen schickt; er hat aber Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch den Fortfall der Reise erwächst.[2]) Zu ersetzen ist daher insbesondere derjenige Teil der ihm vertragsmäßig zustehenden Spesen, welcher zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes dient. Die Reisespesen sind nämlich — nach konstanter Rechtsprechung — nicht nur bestimmt, die Transportkosten und den durch das Reisen verursachten Mehraufwand, sondern den gesamten Lebensunterhalt des Reisenden während der Reisezeit zu bestreiten; sie bilden einen Teil der bedungenen Vergütung. Mit Ausnahme dessen, was er durch Nichtreisen erspart, müssen dem Handlungsgehilfen deshalb die zugesicherten Spesen auch bei Fortfall der Reisen bezahlt werden.[3])

Wir haben schon erwähnt, daß in der ungerechtfertigten Entlassung ein Annahmeverzug (BGB. §§ 293 ff.) des Prinzipals zu erblicken ist. Das gilt auch dann, wenn der entlassene Gehilfe seine Dienste nicht noch ausdrücklich anbietet und vom Prinzipale abgewiesen wird. Denn der Handlungsgehilfe hat durch den Antritt seiner Stellung die ihm obliegende Leistung der Dienste so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten (BGB. § 294), und zwar ein für allemal angeboten. Nimmt der Prinzipal die Dienste nicht mehr an, so ist er mithin ohne weiteres in Annahmeverzug (BGB. § 293).[4])

§ 295 BGB. wird zu Unrecht gegen diese Meinung angeführt. Denn diese Gesetzesstelle bezeichnet nicht etwa ein wörtliches Angebot des Schuldners als durchaus notwendiges Erfordernis für den Fall, daß der Gläubiger erklärt hat, er

[1]) ERZ. Bd. 61 S. 333.
[2]) Bolze Bd. 11 Nr. 321.
[3]) ROLG. Bd. 6 S. 465, Bd. 7 S. 148.
[4]) ROLG. Bd. 14 S. 344.

werde die Leistung nicht annehmen. Vielmehr besagt der Paragraph, wie insbesondere der Zusammenhang mit den vorausgehenden erkennen läßt: Falls der Gläubiger erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, so bedarf es, wenn ein Angebot des Schuldners erforderlich ist, nicht des tatsächlichen Angebots im Sinne von § 294 BGB., sondern es genügt alsdann ein wörtliches Angebot.[1]) Ist aber der Prinzipal in Annahmeverzug, so kann der Handlungsgehilfe für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste, d. h. für die Zeit nach der unzulässigerweise erfolgten Entlassung, die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein (BGB. § 615). Auch hier ist zu beachten, daß die Erklärung des Prinzipals, die als Entlassung nicht wirkt, doch als ordentliche Kündigung rechtliche Wirksamkeit haben kann. Darnach beschränkt sich die Zahlungspflicht bei Verträgen, die auf unbestimmte Zeit eingegangen waren, auf die Dauer der vereinbarten oder gesetzlichen Kündigungsfrist.

Auch Horrwitz[2]) hält nicht für erforderlich, daß der entlassene Gehilfe seine Dienste noch ausdrücklich anbietet, sich, wie man sagt, dem Prinzipal zur Verfügung stellt. Die entgegengesetzte Meinung verwirft Horrwitz mit Recht als schädlich und antisozial und im Gesetz nicht begründet. Anders als wir hält er aber § 615 BGB. nicht für anwendbar auf unsern Fall, beschränkt seine Anwendung vielmehr auf den Fall, daß der Gehilfe seine Stellung überhaupt noch nicht angetreten hatte. Ein Eingehen auf diese nicht unbedenkliche Auffassung ist hier um so weniger am Platze, als auch Horrwitz zu dem Schlusse kommt, der Prinzipal gerate durch die Entlassung ohne weiteres in Verzug. Indessen haben sich, wie erwähnt, namhafte Schriftsteller[3]) gegen die hier vertretene Meinung ausgesprochen; sie stehen auf dem Standpunkte, daß der Handlungsgehilfe, will er Ansprüche aus § 615 BGB. herleiten, wegen der Vorschrift in § 295 BGB. den Prinzipal durch wörtliches Angebot der Dienste

[1]) ROLG. Bd. 10 S. 179.

[2]) S. 130.

[3]) Goldmann S. 340; Lehmann-Ring S. 171; Makower S. 217; auch ROLG. Bd. 7 S. 472; ERZ. Bd. 50 S. 210.

erst in Verzug zu setzen hat. Da die Rechtsprechung in dieser Frage keine einheitliche ist, empfiehlt es sich jedenfalls für den Handlungsgehilfen, der sich zu Unrecht entlassen wähnt, sich dem Prinzipal ausdrücklich zur Verfügung zu stellen. Makower[1]) sieht übrigens schon in der Erklärung des Gehilfen, daß er mit der Entlassung nicht einverstanden sei, ein wörtliches Angebot fernerer Dienstleistungen.

Der Handlungsgehilfe ist aus dem Dienstvertrage verpflichtet, die vereinbarten Dienste zu leisten; er hat aber keinen rechtlichen Anspruch auf Entgegennahme seiner Dienste[2]) (argumentum e contrario BGB. § 611). Er kann deshalb, vom Prinzipal entlassen, ihn nicht auf Annahme der Dienste verklagen, wenn er die Entlassung für ungerechtfertigt hält. Ebensowenig kann er den Eintritt ins Geschäftslokal zum Zwecke der Dienstleistung erzwingen.[3]) Nur für den seltenen Fall, daß der Prinzipal sich kontraktlich verpflichtet hat, den Handlungsgehilfen bestimmte Arbeiten — vielleicht zu dessen Ausbildung — verrichten zu lassen, steht dem Gehilfen das Recht der Klage auf Gewährung der Arbeit zu. Ein solches Urteil ist nach § 890 ZPO. zu vollstrecken, d. h. der Prinzipal ist durch Androhung und Auferlegung von Geldstrafen bis zu 1500 Mk. oder Haftstrafen bis zu sechs Monaten zur Duldung der Dienstleistungen und zur Überlassung angemessener Arbeit anzuhalten.

Von Wichtigkeit ist die Vorschrift in § 615 Satz 2 BGB. Der zu Unrecht entlassene Handlungsgehilfe kann, wie schon ausgeführt, für die Zeit nach der Entlassung bis zum rechtmäßigen Ablauf des Dienstvertrags die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung der Dienste verpflichtet zu sein. Doch muß er sich, sagt nun § 615 Satz 2, hierauf den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Hatte der Handlungsgehilfe nicht seine gesamte Arbeitskraft an den Prinzipal verdungen, sondern ihm nur einen

[1]) S. 217.
[2]) RG. in JurW. 1903 Beil. S. 16.
[3]) Bolze Bd. 11 Nr. 339, 340.

Teil davon zur Verfügung zu stellen, so ist nur das anzurechnen, was der Gehilfe mit diesem Teile seiner Arbeitskraft anderweit verdiente oder verdienen konnte.[1]) Die Anrechnung erfolgt einheitlich auf die ganze vom Prinzipal zu gewährende Vergütung und nicht etwa abschnittweise auf den Lohnbetrag, der auf den Zeitraum entfällt, in dem der Handlungsgehilfe anderweiten Erwerb hatte.[1]) Hatte der Prinzipal dem Gehilfen den vollen Gehalt bezahlt, weil er von seinem anderweiten Verdienste nichts wußte, so kann er das zuviel Gezahlte vom Gehilfen zurückverlangen.[1]) Die Beweislast für die Einwendung aus § 615 Satz 2 BGB. trifft den Prinzipal.[2])

Streitig ist die Frage, inwieweit das Konkurrenzverbot in § 60 HGB. die Vorschrift des § 615 BGB. beeinflußt. An sich gilt § 60, solange der Dienstvertrag besteht. Zweifellos besteht er bei unbegründeter Entlassung des Gehilfen noch fort, also darf der zu Unrecht entlassene Gehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Diese Meinung vertritt Staub,[3]) und man kann ihr die Folgerichtigkeit nicht gut absprechen. Mangels anderweiter gesetzlicher Regelung müssen wir ihr den Vorzug geben vor der von Düringer-Hachenburg[4]) vertretenen Ansicht, daß soweit nach § 615 BGB. der Eintritt in ein anderes Geschäft geboten ist, die Anwendung des § 60 HGB. ausgeschlossen sei, der Handlungsgehilfe also auch in ein Konkurrenzgeschäft eintreten dürfe. Düringer-Hachenburg übersehen dabei, daß ein anderes Geschäft eben nicht notwendig ein Konkurrenzgeschäft sein muß.

Ist der Handlungsgehilfe durch die Vorschrift in § 615 BGB. genötigt, dem Prinzipal nach der Entlassung auf Erfordern weiter Dienste zu leisten? Zweifellos muß sich der Gehilfe darein finden, wenn der Prinzipal mit dieser Aufforderung die Rücknahme der Entlassung erklären will. Der Gehilfe be-

[1]) ERZ. Bd. 58 S. 404.
[2]) RG. in Seuffert Bd. 61 S. 138.
[3]) S. 320.
[4]) S. 393.

hauptet ja selber das Fortbestehen des Vertrages, bei den auf unbestimmte Zeit eingegangenen Verträgen wenigstens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Tritt der Geschäftsherr dieser Meinung bei, so kann sich der Gehilfe nicht auf einmal auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen. Insofern aber jede unbegründete Entlassung als ordentliche Kündigung wirkt,[1]) ist ihre einseitige Rücknahme nicht möglich. Als ordentliche Kündigung bleibt die Entlassungserklärung immerhin wirksam; es müßte denn sein, der Handlungsgehilfe erklärte sich damit einverstanden, daß sie jeglicher Wirkung entkleidet werde. Deshalb erscheint ohne diese Einschränkung die in der Literatur[2]) mehrfach vertretene Meinung unzutreffend, daß der Prinzipal die unbegründete Entlassung in jedem Falle einseitig zurücknehmen und damit ganz wirkungslos machen könnte. Vielmehr ist zu sagen: Die Entlassungserklärung, sofern sie unbegründet ist, bleibt als solche, wenn sie zurückgenommen wird, unwirksam, dagegen als ordentliche Kündigung vollwirksam. Einige Beispiele werden das klar machen.

Der Handlungsgehilfe ist mit gesetzlicher Kündigung engagiert worden. Am 15. Januar wird er grundlos entlassen. Am nächsten Tage nimmt der Prinzipal die Entlassung zurück. Der Handlungsgehilfe kann sein Einverständnis damit erklären, daß der Dienstvertrag auf unbestimmte Zeit weitergehen soll. Will er das nicht, so kann er verlangen, daß das Dienstverhältnis am 31. März ablaufen soll; bis dahin muß er dem Prinzipal auf Verlangen die vereinbarten Dienste weiter leisten.

Der Handlungsgehilfe ist am 1. 1. 1901 auf fünf Jahre angestellt worden. Am 15. 1. 1902 wird er grundlos entlassen. Nimmt in diesem Falle der Prinzipal die Entlassung zurück, so ist der Handlungsgehilfe bis zum Ende des Jahres 1905 an den Dienstvertrag gebunden. Beim unkündbaren Vertrag kann eben die unwirksame Entlassung auch nicht als ordentliche Kündigung wirken.

Es kann aber auch sein, daß der Prinzipal mit der Auf-

---

[1]) vgl. oben S. 78.

[2]) Staub S. 320; Lehmann-Ring S. 172.

forderung an den Gehilfen, weiter bei ihm zu arbeiten, nicht die Rücknahme der Entlassung erklären will. Möglicherweise will er den Gehilfen nur deshalb für sich arbeiten lassen, um den Gehalt, den er ihm ja nach § 615 BGB. trotz der — ungerechtfertigten — Entlassung weiter zahlen muß, nicht umsonst auszugeben. Bezweckt der Prinzipal mit der Weiterbeschäftigung des Gehilfen nur die Herabminderung seines eigenen Schadens, so ist nach Staub[1]) dem Gehilfen regelmäßig nicht zuzumuten, hierauf einzugehen, weil in der Regel in der Entlassung eine zu große Herabsetzung des Gehilfen liege. Dieser Satz findet aber im Gesetze wie auch in der Literatur darüber keine hinlängliche Stütze. Wohl ist ohne weiteres zuzugeben, daß der Handlungsgehilfe, wenn ihm der Prinzipal andere, niedere Dienstleistungen abverlangt, als er vor der Entlassung darzubieten hatte, sich hierzu nicht zu verstehen braucht; er unterläßt solchenfalls den Erwerb, der von der Gehaltsforderung zu kürzen wäre, nicht böswillig (BGB. § 615). Anders jedoch, wenn der Prinzipal Weiterleistung der vereinbarten oder höherer Dienste von ihm fordert. Wenn der Handlungsgehilfe dann nicht besondere, von ihm zu beweisende Umstände geltend machen kann, die ein Weiterarbeiten unter dem Prinzipale als wirkliche Zumutung, die Verweigerung der Dienstleistung nicht als böswillig erscheinen lassen, so muß er nach dem Wunsche des Prinzipals zur Vermeidung der Gehaltskürzung (aus § 615 BGB.) tätig sein.

Der Anspruch des Handlungsgehilfen ist unmittelbar auf Leistung der vereinbarten Vergütung gerichtet. Der Vertrag besteht ja noch mangels wichtigen Kündigungsgrundes. Der Anspruch ist nicht etwa, wie im früheren preußischen Rechte, ein Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigter Vertragsaufhebung.

Daraus folgt, daß der Gehilfe, der zum Teil durch Überlassung einer Wohnung abgegolten wurde, aus ihr nicht exmittiert werden darf.[2]) War ihm vereinbarungsgemäß Unterhalt zu gewähren, so kann er ihn weiter in natura einfordern. Der An-

---

[1]) S. 321.

[2]) vgl. Hirschberg in JurW. 1909 S. 184.

spruch auf Gehalt unterliegt den in § 850 Ziff. 1 ZPO. und im Lohnbeschlagnahmegesetz v. 21. 6. 1869 (in seiner jetzt geltenden Fassung; vgl. Einführungsgesetz zu dem Gesetze betr. Änderungen der Zivilprozeßordnung v. 17. 5. 1898 Art. III) in §§ 4, 4a ausgesprochenen Beschränkungen hinsichtlich der Pfändung;[1]) gegen ihn findet insoweit Aufrechnung nicht statt (BGB. § 394), und seine Abtretung ist insoweit unzulässig (BGB. § 400). Er verjährt nach § 196 Ziff. 8 BGB. in zwei Jahren; im Konkurse des Prinzipals endlich ist er in Gemäßheit von § 61 Ziff. 1 KO. vor anderen Konkursforderungen bevorrechtigt.

Der Handlungsgehilfe löst den Dienstvertrag, ohne einen wichtigen Grund hierzu zu haben. Welche Rechtsmittel stehen alsdann dem Prinzipal zur Seite? Er kann den Handlungsgehilfen auf Erfüllung des Vertrages, das ist die Leistung der Dienste, verklagen.[2]) Das obsiegende Urteil wird, wenn die Dienstleistungen durch einen Dritten erfolgen können — und in der Regel wird es der Fall sein — gemäß § 887 ZPO. vollstreckt.[3]) Der Prinzipal ist also von dem Prozeßgericht erster Instanz auf seinen Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Handlungsgehilfen für ihn Ersatz zu schaffen. Zugleich kann er beantragen, den Gehilfen zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, welche durch die Anstellung des Ersatzmannes entstehen werden, unbeschadet des Rechts auf eine Nachforderung, wenn sich ein größerer Kostenaufwand nötig macht.

Handelt es sich dagegen um höchstpersönliche Dienstleistungen, d. h. solche, die durch einen Dritten nicht vorgenommen werden können, so ist die Vollstreckung des Urteils ausgeschlossen (ZPO. § 888 Abs. 2). Der Handlungsgehilfe kann nicht gezwungen werden, dem Prinzipale Dienste zu verrichten. Er kann hierzu auch nicht im Wege der einstweiligen Verfügung gezwungen werden (ZPO. §§ 936, 928, 888 Abs. 2). Er darf aber auch jetzt noch nicht ohne Einwilligung des Prinzipals ein Handelsgewerbe betreiben noch im Handelszweige des Prinzipals

[1]) ROLG. Bd. 7 S. 320.

[2]) BRK. 1904 S. 64; vgl. auch BGB. § 283.

[3]) vgl. aber Kaufmannsgerichtsgesetz § 16 Abs. 1 in Verb. mit Gewerbegerichtsgesetz § 51.

für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen (HGB. § 60). Tut er es dennoch, geht er z. B. in den Dienst eines Konkurrenten, so kann der Prinzipal — abgesehen von den Rechtsmitteln des § 61, die hier nicht näher zu erörtern sind — auf Unterlassung klagen.[1]) Vollstreckt wird das Urteil in Gemäßheit der Vorschriften in § 890 ZPO. Das bedeutet im Effekt das nämliche, wie wenn vom Gehilfen die Aufgabe der unbefugt angetretenen Stelle für die Zeit der rechtlichen Geltung des ersten Vertrages verlangt würde.

Düringer-Hachenburg[2]) sprechen dem Prinzipal einen selbständigen Klaganspruch darauf, daß der Handlungsgehilfe Konkurrenzhandlungen unterlasse, ab. Ihre Ausführungen sind indessen nicht überzeugend; insbesondere vermögen wir nicht anzuerkennen, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Unterlassungsurteil wider den Grundsatz in § 888 Abs. 2 ZPO. verstoße. Auch die weitere Argumentation erscheint nicht einwandfrei, daß nämlich die Unterlassungsklage, wäre sie möglich, den Grundgedanken der gesetzlichen Fürsorgebestimmungen widerspräche. Der Gehilfe ist nicht, wie Düringer-Hachenburg meinen, arbeitslos; sein Dienstverhältnis mit dem früheren Chef besteht fort, solange er nicht entlassen wird, und wird er entlassen, so ist er nicht mehr durch § 60 gebunden. Weshalb aber sollte der Handlungsgehilfe, der unberechtigt die Arbeit versäumt, sich besonderer gesetzlicher Fürsorge erfreuen, ja besser gestellt sein als derjenige, der seine Pflicht erfüllt? Der Gehilfe kann durch Aufnahme der Arbeit sich ohne weiteres aller Not entheben, „sich wirtschaftlich betätigen und seinen Lebensunterhalt verdienen".

Der Handlungsgehilfe ist zweifellos durch unberechtigte Verweigerung der Arbeitsleistung in Leistungsverzug geraten. Der Schaden, der dem Prinzipal hieraus erwächst, ist vom Gehilfen zu ersetzen (BGB. §§ 286, 326). Nach seiner Wahl kann der Prinzipal aber auch einen Entlassungsgrund daraus herleiten (HGB. § 72 Ziff. 2). Solchenfalls ist der Gehilfe nach § 70 Abs. 2

---

[1]) EOHG. Bd. 19 S. 138; ERZ. Bd. 67 S. 3; RG. in JurW. 1907 S. 672.
[2]) S. 396.

zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entsteht. Der Unterschied ist der, daß nur im ersten Falle der Dienstvertrag rechtlich noch besteht, der Gehilfe also zur Enthaltung jeglicher Konkurrenzhandlung, andererseits der Prinzipal an sich zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist.

Um dies an einem Beispiel zu erläutern, so nehmen wir an, der Gehilfe war mit gesetzlicher Kündigung gegen ein Monatsgehalt von 150 Mk. angestellt, und am 31. Dezember hat er den Vertrag ohne einen durchschlagenden Grund gekündigt; der Prinzipal hat nach Aufwendung von 10 Mk. Insertions- und Vermittlungsgebühren am 2. Januar einen Gehilfen angestellt, dem er 160 Mk. bezahlen muß. Die Berechnung ist nun folgende:

1. Der Prinzipal hält am Vertrage fest und verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Seine Schadensforderung setzt sich aus den Posten zusammen:

3×160 Mk. $= 480$ Mk.	Gehalt des Ersatzmannes für Januar bis mit März, denn erst am 31. März läuft der Vertrag mit dem ausgebliebenen Gehilfen ab;
10 Mk.	Aufwendungen zur Erlangung eines Ersatzmannes;
490 Mk.	zusammen.

Andererseits schuldet er dem Gehilfen 3×150 Mk. $= 450$ Mk., da das Fortbestehen des Vertrags auch zuungunsten des Prinzipals angenommen werden muß. Sonach hat der Prinzipal vom Gehilfen noch zu fordern:

490 Mk.	
— 450 „	
40 Mk.	als Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung.

2. Der Prinzipal kündigt gemäß § 72 Ziff. 2 und beansprucht aus § 70 Abs. 2 Schadensersatz. Diese Forderung setzt sich zusammen aus:

3 × 10 Mk. = 30 Mk. Mehrgehalt an den Ersatzmann für die Zeit bis zum 31. März;
10 Mk. Aufwendungen zur Erlangung eines Ersatzmannes;
40 Mk. zusammen als Ersatzforderung für den durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden.

In Hinsicht auf die Höhe seiner Ersatzforderung bleibt es sich sonach gleich, aus welchem Gesichtspunkte der Prinzipal sie geltend macht.

Wenn der neue Geschäftsherr den Handlungsgehilfen trotz Kenntnis von der Grundlosigkeit des Abganges, mit deutlicheren Worten, von seinem Vertragsbruche engagiert hat, kann der bisherige Prinzipal gegen ihn aus § 826 BGB. klagend vorgehen, denn eine solche Handlungsweise verstößt zweifellos gegen die guten Sitten. Der Kläger hat alsdann nachzuweisen, daß und welcher Schaden ihm hierdurch entstanden ist.

Lebhaft ventiliert ist in der Literatur die auch hier interessierende Frage, ob der Handlungsgehilfe hinsichtlich seiner Verpflichtungen aus dem Handlungsgehilfenverhältnisse ein Zurückbehaltungsrecht hat. Darüber herrscht Einigkeit, daß ihm das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§§ 369 ff.) nicht zusteht; es kann ihm schon um deswillen nicht zuerkannt werden, weil er an sich nicht Kaufmann im Sinne des Gesetzes (§§ 1 ff.) ist.

§ 320 BGB. gibt demjenigen, der aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, das Recht, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern (exceptio non adimpleti contractus), es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist. Der Anstellungsvertrag zwischen Prinzipal und Gehilfen ist zweifellos ein gegenseitiger Vertrag. Nach § 614 BGB. ist der Gehilfe aber mangels Parteiabrede zur Vorleistung der Dienste für den jeweiligen Zeitabschnitt verpflichtet, nach welchem die Vergütung vereinbart ist. Deshalb hat er zunächst kein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB. Jedoch kann er die ihm aus dem Vertrage obliegende Leistung, das ist Leistung der Dienste, dann verweigern, wenn der Prinzipal mit dem fälligen Gehalte im Rückstand bleibt. Denn dieser Zahlungs-

pflicht des Prinzipals gegenüber hat der Gehilfe ja nicht mehr vorzuleisten. Bewirkt also der Prinzipal am 31. Januar nicht die Gehaltszahlung für Monat Januar, so kann der Gehilfe die Dienstleistungen für Monat Februar verweigern. Das gibt dem Prinzipal kein Kündigungsrecht aus § 72 Ziff. 2, sondern dem Handlungsgehilfen aus § 71 Ziff. 2.

Wie aber steht es mit dem Zurückbehaltungsrechte (jus retentionis) aus § 273 BGB.? Hier gehen die Meinungen auseinander.

Wir müssen das Zurückbehaltungsrecht nach Abs. 1 des § 273 BGB. von dem im Abs. 2 genannten scheiden. Abs. 2 gibt demjenigen ein Zurückbehaltungsrecht, der zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, — es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung (BGB. §§ 823 ff.) erlangt hat. Der Handlungsreisende also, der auf die Musterkoffer Frachtgelder verlegt oder sie versteuert hat, kann sie bis zur Erstattung dieser Aufwendungen zurückbehalten, gleichviel ob der Dienstvertrag noch besteht oder bereits aufgelöst ist.

§ 273 Abs. 1 lautet: Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird.

Namhafte Autoren[1]) halten im Anschluß an die Materialien zum neuen Handelsgesetzbuch[2]) diese Bestimmung auf das Handlungsgehilfenverhältnis insoweit nicht für anwendbar, als die Verpflichtung des Handlungsgehilfen auf Rückgabe von Musterkoffern, Kundenbüchern, vereinnahmten Geldern usw. in Rede steht. Denn hinsichtlich dieser Sachen sei der Handlungsgehilfe nur Besitzdiener im Sinne von § 855 BGB.; § 273 Abs. 1 BGB.

---

[1]) Lehmann S. 198; Goldmann S. 290.

[2]) Denkschr. S. 56 (v. Hahn S. 235).

setze aber den Besitz, nicht nur Besitzdienerschaft voraus. So richtig der Vordersatz ist, so unzutreffend scheint, trotz der Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche,[1]) der Nachsatz. Es steht nicht im Gesetz, daß der Besitzer eine Sache unter gewissen Voraussetzungen zurückhalten darf. Das Gesetz spricht viel allgemeiner von dem Rechte, die geschuldete Leistung zu verweigern. Nicht nur, daß diese Leistung sehr wohl in etwas anderem bestehen kann als gerade in der Herausgabe von Sachen — der Handlungsgehilfe z. B. ist auch zur Leistung von Diensten verpflichtet —; es verträgt sich mit dem Wortlaut wie mit dem Sinne unserer Bestimmung sehr wohl, sie auch auf den Besitzdiener anzuwenden.[2]) Wenn auch der Handlungsgehilfe die tatsächliche Gewalt über die Muster nur so ausübt, daß er den auf die Muster sich beziehenden Weisungen des Prinzipals Folge zu leisten hat, — durch § 273 Abs. 1 BGB. wird ihm eben das Recht gegeben, diesen Weisungen unter gewissen Voraussetzungen den Gehorsam zu verweigern, er darf „die geschuldete Leistung verweigern". Diejenigen, die Besitz als notwendiges Postulat des Zurückbehaltungsrechts ansehen, müßten ihn in strenger Konsequenz auch als Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts in § 273 Abs. 2 BGB. fordern; das tut aber niemand.

Recht beachtlich ist der Einwurf von Staub,[3]) die Beschaffenheit des Dienstverhältnisses, insbesondere die Unterordnung des Handlungsgehilfen unter den Prinzipal, vertrage sich nicht mit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts seitens des Gehilfen, solange der Dienstvertrag besteht. Ist er aufgelöst, so hat der Gehilfe auch nach Staub ein unbeschränktes Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 273 BGB. Während der Dauer des Vertrages jedoch solle der Gehilfe vom Prinzipal, nicht umgekehrt der Prinzipal vom Gehilfen abhängig sein; durch die Möglichkeit des Zurückbehaltungsrechtes wäre der Gehilfe in der Lage, auf den Prinzipal einen ständigen Druck auszuüben. Deshalb stehe dem Handlungsgehilfen während bestehenden Dienstvertrags das Zurückbehaltungsrecht aus § 273

[1]) S. 3341.

[2]) Ebenso Düringer-Hachenburg S. 408; Staub S. 287.

[3]) S. 287.

Abs. 1 BGB. nicht zu, denn es liege der Ausnahmefall vor, daß „sich aus dem Schuldverhältnisse ein anderes ergibt“.[1])

Staub übersieht, daß dem Handlungsgehilfen das Zurückbehaltungsrecht im Regelfalle ohnehin nicht zusteht. Er hat es ja nur, wenn der Prinzipal die ihm obliegende Leistung nicht bewirkt hat. Dem Prinzipale gegenüber, der mit der Gehaltszahlung rückständig ist, kann der Gehilfe aber nicht mehr zur Rücksichtnahme verpflichtet sein.[2]) Es läßt sich nicht so allgemein, wie Staub es will, behaupten, daß sich aus dem Dienstvertrage schlechthin die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 Abs. 1 BGB. ergebe. Vielmehr läßt sich nur im einzelnen Falle nach eingehender Würdigung aller konkreten Einzelumstände sagen, ob es sich wirklich aus dem Schuldverhältnisse ergibt. Goldmann[3]) weist zutreffend darauf hin, daß der Handlungsreisende sich der Pflicht der Auskunfterteilung und Rechenschaftsablegung nicht aus dem Grunde entziehen darf, weil ihm noch Gehaltsansprüche gegen den Prinzipal zustehen; wohl aber wird man ihm das Recht zugestehen, den Antritt einer neuen Reise zu verweigern, solange ihm nicht die Spesen für die frühere Reise ausgezahlt worden sind. Denselben richtigen Gedanken formulieren Düringer-Hachenburg[4]) so: das Zurückbehaltungsrecht ist überall dort ausgeschlossen, wo seine Ausübung wider Treu und Glauben verstoßen würde.

Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. wird in jedem Falle durch Sicherheitsleistung (BGB. §§ 232ff.), Bürgenstellung ausgenommen, zur Seite geschlagen (BGB. § 273 Abs. 3). Dagegen ist die Einrede des nichterfüllten Vertrags durch Sicherheitsleistung nicht abzuwehren (BGB. § 320 Abs. 1 Satz 3). Die Geltendmachung des einen wie des andern Rechts hat nicht etwa Abweisung der Klage zur Folge, sondern nur die Wirkung, daß der Beklagte zur Erfüllung Zug um Zug, d. h. zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung zu verurteilen ist (BGB. §§ 274, 322).

---

[1]) Ebenso ROLG. Bd. 6 S. 350.
[2]) Ebenso JKG. S. 171 Anm. 14.
[3]) S. 290.
[4]) S. 408.

Der Prinzipal hat andrerseits ein Zurückbehaltungsrecht dem säumigen Handlungsgehilfen gegenüber. Er kann also den Gehalt innebehalten, wenn der Gehilfe seine Verpflichtungen aus dem Vertrage nicht erfüllt. Das Zurückbehaltungsrecht erstreckt sich auch auf den der Pfändung nicht unterworfenen Teil des Gehalts.

Es ist richtig, daß der Teil des Gehalts, der nicht gepfändet werden kann, auch nicht aufgerechnet werden darf (BGB. § 394). Daraus folgert man[1]) die Unzulässigkeit der Zurückbehaltung des Gehalts, weil Innehaltung tatsächlich nur eine Umgehung der verbotenen Aufrechnung sei. Diese Meinung übersieht jedoch, daß Aufrechnung, wie sie andere rechtliche Voraussetzungen, andere wirtschaftliche Zwecke, so auch andere Wirkung hat wie die Innehaltung: Aufrechnung tötet die gegenseitigen Forderungen, Innehaltung schiebt ihre Erfüllung nur auf. Der Aufrechnung gegenüber ist der Gehilfe machtlos, daher ihm das Gesetz, soweit nötig, zu Hilfe kommt; das Zurückbehaltungsrecht des Prinzipals kann er aber jederzeit vernichten und einfach dadurch vernichten, daß er seine Pflicht tut.

Von andrer Seite[2]) wird eingewendet, mit Rücksicht auf den sozialen Charakter der Bestimmungen des Gesetzes v. 21. 6. 1869 müsse angenommen werden, daß hinsichtlich des unpfändbaren Gehalts ein Zurückbehaltungsrecht um deswillen nicht bestünde, weil „aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt". Dieser Auffassung kann hier ebensowenig wie oben bei der Besprechung des dem Handlungsgehilfen zustehenden Zurückbehaltungsrechts beigetreten werden. Das Schuldverhältnis an sich ergibt nicht ein anderes — es müßten denn im Einzelfalle besondere Umstände vorliegen, z. B. eine dahingehende Vereinbarung. Mangels besonderer Umstände kann der Prinzipal den vollen Gehalt des Handlungsgehilfen beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 273 BGB. innebehalten.[3])

---

[1]) Makower S. 194; Düringer-Hachenburg S. 413; auch JKG. S. 281.

[2]) Goldmann S. 292; Auerswald in DJZ. 1909 S. 630.

[3]) Ebenso Staub S. 289.

§ 10.

Von der Konkurrenzklausel handeln §§ 74, 75 HGB. Die Bestimmungen bedeuten eine Neuerung gegenüber dem alten Handelsgesetzbuch und sind bestimmt und geeignet, zahlreiche Streitfragen der früheren Praxis zu beseitigen. Andrerseits ist ihre dehnbare Fassung, ihre Verweisung auf das richterliche Ermessen in concreto Quelle vieler Streitigkeiten. Zuständig für Prozesse wegen Ansprüchen aus der Konkurrenzklausel sind die Kaufmannsgerichte (§ 5 Ziff. 6 des Kaufmannsgerichtsgesetzes).

Durch die Konkurrenzklausel sichert sich der Prinzipal gegen zukünftige Konkurrenzhandlungen seiner Angestellten, durch das gesetzliche Konkurrenzverbot in § 60 gegen solche in der Gegenwart. Nach der Definition des Gesetzes ist die Konkurrenzklausel eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird. Unter gewerblicher Tätigkeit ist jede Art des Erwerbes zu verstehen, gleichviel ob der Handlungsgehilfe als Angestellter in einem Konkurrenzgeschäft tätig ist oder selbständig ein Konkurrenzgeschäft betreibt. Die Vereinbarung ist gewöhnlich Bestandteil des Dienstvertrags, eine „Klausel“ in ihm; sie ist aber ebenso wirksam, wenn sie nachträglich, vor Auflösung des Dienstverhältnisses, für sich getroffen wird.

Es liegt auf der Hand, daß derartige Beschränkungen der Arbeitsfreiheit gewisse Grenzen einhalten müssen, sollen nicht die Existenzmöglichkeiten der Handlungsgehilfen unbillig erschwert oder ausgeschaltet werden. In welcher Beziehung das Gesetz zum Schutze der wirtschaftlich schwächeren Handlungsgehilfen in die Vertragsfreiheit eingreifen soll, wie enge oder weite Grenzen es abstecken soll, das ist von jeher ein überaus strittiges Problem. Mit seiner Lösung durch unser Handelsgesetzbuch ist man durchaus nicht allenthalben einverstanden. Der schlagendste Beweis dafür ist die Tatsache, daß zurzeit (1909) die gesetzgebenden Faktoren im Reiche mit der Abänderung der jetzigen Regelung befaßt sind. Die Wünsche der Interessenten bewegen sich von einem Extrem zum anderen: die einen wollen

gänzliches Verbot, die anderen völlige Freiheit der Konkurrenzklausel.

§ 74 schränkt die Vertragsfreiheit in dreierlei Hinsicht ein; er enthält eine zeitliche, eine örtliche und eine qualitative Einschränkung. Eine absolute Grenze ist nur hinsichtlich der Zeit gesetzt: die Beschränkung kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden (§ 74 Abs. 2). Im übrigen ist eine Beschränkung für den Handlungsgehilfen nur insoweit verbindlich, als sie nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird. Der Handlungsgehilfe darf durch die Klausel in seinem Fortkommen nicht unbillig beschwert werden.

Die Frage, ob eine Vereinbarung diese Grenzen innehält, ist nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung aller Einzelumstände zu entscheiden; richterlichem Ermessen ist hier eine schwere Aufgabe erwachsen. Findet das Gericht, daß die Klausel unbillige Erschwerungen enthält, so hat es die Einschränkungen auf das Maß der Billigkeit zurückzuführen, nicht etwa die Vereinbarung für nichtig zu erklären. Das folgt aus den Gesetzesworten: eine Vereinbarung . . . ist für den Handlungsgehilfen nur insoweit verbindlich, als . . . Nur in solchen Ausnahmefällen, wo die Konkurrenzklausel dermaßen die Grenzen der Billigkeit überschreitet, daß sie nicht nur unbillig, sondern unsittlich ist, muß die ganze Konkurrenzklausel als nichtig angesehen werden (BGB. § 138 Abs. 1 u. 2).[1])

Hatte sich der Handlungsgehilfe für einen drei Jahre übersteigenden Zeitraum verpflichtet, Konkurrenzgeschäfte zu unterlassen, so ist die Abrede, wenn sonst der Gültigkeit der Klausel nichts entgegensteht, für höchstens drei Jahre wirksam. Die drei Jahre werden von der rechtlichen, nicht tatsächlichen Beendigung des Dienstverhältnisses an gerechnet. Besteht also zunächst Zweifel über die Berechtigung einer ausgesprochenen

---

[1]) Ebenso Staub S. 338; Düringer-Hachenburg S. 460; ROLG. Bd. 11 S. 383; a. M. Lehmann-Ring S. 181; Makower S. 228.

Entlassung, so weiß man bis zur Rechtskraft des Urteils über sie nicht, wann die dreijährige Frist beginnt.

Die Vereinbarung über die Beschränkung der Zukunftskonkurrenz ist überhaupt nichtig, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit ihres Abschlusses minderjährig ist (§ 74 Abs. 3). Solchenfalls ändert hieran der Umstand nichts, daß der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen die Klausel genehmigt oder selber für sein Mündel abgeschlossen hat; das Gesetz macht insoweit keinen Unterschied.[1]) Die mit dem Minderjährigen oder seinem gesetzlichen Vertreter getroffene Abrede wird nur gemäß § 141 BGB. wirksam. Die Klausel muß also von dem volljährig Gewordenen ausdrücklich bestätigt werden; in der Fortsetzung der Dienste nach erlangter Volljährigkeit ist aber nicht ohne weiteres eine Bestätigung der Klausel zu erblicken.

Als Folge der Verletzung der Konkurrenzklausel wird oft Zahlung einer Strafsumme vereinbart. Für den Fall, daß sie durch Zuwiderhandlungen des Gehilfen verwirkt ist, kann der Prinzipal nur die Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung der Klausel oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen (§ 75 Abs. 2), selbst wenn sich der Handlungsgehilfe vertraglich neben der Zahlung der Konventionalstrafe dazu verpflichtet hatte (§ 75 Abs. 3). Ist die verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Handlungsgehilfen durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung jedoch ausgeschlossen (BGB. § 343).

Es mag noch bemerkt werden, daß der Prinzipal billigerweise nur dann Rechte aus der Konkurrenzklausel herleiten darf, wenn er an ihrer Einhaltung ein berechtigtes Interesse hat. Hat er z. B. sein Geschäft nach der Entlassung des Gehilfen aufgelöst und sich zur Ruhe gesetzt, so ist der Handlungsgehilfe an die Konkurrenzklausel nicht mehr gebunden.[2]) Er macht ja

---

[1]) Denkschr. S. 64 (v. Hahn S. 242); Goldmann S. 360; Makower S. 228; a. M. Staub S. 337 für den Fall, daß die Vereinbarung mit dem gesetzlichen Vertreter persönlich getroffen wird.

[2]) ERZ. Bd. 47 S. 240.

dem früheren Prinzipal keine Konkurrenz mehr, wenn er sich auch an die Bestimmungen der Klausel nicht kehrt.

Ein weiteres Eingehen auf die zahlreichen Fragen, welche die Praxis über Bedeutung und Wirkung von Konkurrenzklauseln gezeitigt hat, ist hier nicht am Platze. Nur die Frage, inwieweit die Konkurrenzklausel von der Kündigung berührt wird, soll kurz erörtert werden.

Im Gesetzbuch findet diese Materie in § 75 Abs. 1 ihre Regelung. Grundsätzlich tritt die Konkurrenzklausel in Wirksamkeit, sobald der Dienstvertrag rechtlich sein Ende findet, z B. wenn die Vertragszeit abgelaufen ist, wenn der Vertrag durch beiderseitiges Einverständnis vor Zeitablauf aufgelöst wird. Wird der Vertrag durch Kündigung beendigt, so ist zu unterscheiden (§ 75 Abs. 1):

1. kündigt der Handlungsgehilfe, so ist die Klausel wirksam, — es sei denn, daß der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten ihm Grund gibt, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71 aufzulösen;

2. kündigt der Prinzipal, so ist die Klausel

a) unwirksam, — es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den der Prinzipal nicht verschuldet hat;

b) wirksam, wenn der Prinzipal während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehilfen den zuletzt von ihm bezogenen Gehalt fortzahlt.

Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig (§ 75 Abs. 3).

Zu 1. Der Wortlaut des Gesetzes ergibt, daß das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von §§ 70, 71 nicht genügend ist. Es muß ein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals dazu kommen, und es muß ferner dieses vertragswidrige Verhalten gerade der wichtige Grund sein, um dessentwillen der Handlungsgehilfe den Vertrag auflösen darf. Krankheit des Handlungsgehilfen (§ 71 Ziff. 1) und daraufhin erfolgender Dienstaustritt würde also die Konkurrenzklausel nicht paralysieren; denn vertragswidriges Verhalten des Prinzipals liegt nicht vor. Ebensowenig würde eine unerhebliche Vertragsverletzung des Prinzipals das zu bewirken imstande sein, die nicht als wichtiger

Grund im Sinne von §§ 70, 71 gilt,[1]) selbst wenn ein wichtiger Grund, etwa aus § 71 Ziff. 1, vorliegt. Dagegen wird die Klausel wirkungslos, wenn der Handlungsgehilfe den Vertrag zwar aus § 71 Ziff. 1 auflöst, zugleich aber auch vertragswidriges Verhalten des Prinzipals einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung geben würde.[2]) Denn nicht die subjektiven Motive der Kündigung, sondern die objektive Sachlage ist das Entscheidende.

Es ist aber nicht genug, daß der Prinzipal durch sein Verhalten Anlaß zur Kündigung gibt. Es ist weiter nötig, daß der Vertrag vom Handlungsgehilfen auch wirklich aufgelöst wird. Die bloße, aber vom Handlungsgehilfen nicht benutzte Möglichkeit, die Stellung sofort zu verlassen, genügt nicht.[3]) Die entgegengesetzte Meinung, die sich auf den Wortlaut des Gesetzes stützt, hat gegen sich die Konsequenz. Denn könnte sich der Gehilfe nach Ablauf des Vertrags darauf berufen, daß vor Monaten der Prinzipal einmal durch vertragswidriges Verhalten Grund zum Dienstaustritt gegeben habe, so würde jeder Gehilfe mit dieser Behauptung die Konkurrenzklausel zu entkräften versuchen, und eine Menge zweifelhafter Prozesse wäre die Folge.

Wenn aber auf der anderen Seite die Meinung verfochten wird,[4]) § 75 Abs. 1 Satz 1 fordere durchaus Auflösung des Dienstvertrags gemäß §§ 70, 71, so daß der Handlungsgehilfe, wenn er die Stellung nicht sofort aufgibt, sondern noch die Kündigungsfrist aushält, an die Konkurrenzklausel gebunden wäre, — so ist auch dem entgegenzutreten. Die Unbilligkeit dieser Auffassung ist in einer Entscheidung des Reichsgerichts[5]) hell beleuchtet worden. Zutreffend führt der höchste Gerichtshof aus: das Gesetz wolle den Handlungsgehilfen vor übermäßiger Ausbeutung durch den Prinzipal sichern, in diesem Sinne für ihn ein Schutzgesetz sein. Es würde aber ins Gegenteil umschlagen, wenn es den Handlungsgehilfen nötigen wollte, um sich wenigstens

[1]) ERZ. Bd. 54 S. 125.
[2]) ERZ. Bd. 56 S. 373; a. M. ROLG. Bd. 5 S. 272.
[3]) A. M. Düringer-Hachenburg S. 467.
[4]) Goldmann S. 363; Lehmann-Ring S. 182; Staub S. 342.
[5]) ERZ. Bd. 56 S. 372; RG. in JurW. 1904 S. 149.

eine Schutzwirkung zu sichern, die Stellung augenblicklich zu verlassen und nicht, wie er sonst wohl wünschte, eine Frist zum Aufsuchen einer neuen Stelle auszuhalten. Diese Wirkung kann von dem gehilfenfreundlichen Gesetze nicht gewollt sein. Die rechte Auslegung scheint uns demnach die vom Reichsgericht gegebene zu sein. Weder ist unter allen Umständen sofortiger Dienstaustritt notwendig, noch ist bloßes Vorliegen eines wichtigen Grundes genügend. Sondern erforderlich ist, daß aus dem wichtigen Grunde gekündigt wird, genügend, daß das Dienstverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist gelöst wird.[1]) Übrigens darf, wie auch das Reichsgericht in der erwähnten Entscheidung hervorhebt, im Ausharren in der Stellung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht eine Verzeihung der vertragswidrigen Handlung des Prinzipals liegen; sonst wäre für Anwendung des § 75 kein Raum. Denn wenn der Handlungsgehilfe jenen Vertragsbruch verziehen hat, kann er ihn nicht mehr als selbständigen wichtigen Grund betrachten.

Ist ein Fall der in § 75 Abs. 1 Satz 1 gedachten Art gegeben, so ist die Konkurrenzklausel unbedingt außer Wirkung gesetzt. Daran würde auch nichts ändern, wenn der Prinzipal etwa die Verpflichtung auf sich genommen hätte, für diesen Fall auf die Sperrzeit den vollen Gehalt weiterzuzahlen (§ 75 Abs. 3). Ob eine derartige Abrede nach Auflösung des Dienstverhältnisses wirksam getroffen werden kann, ist eine andere Frage. Der entlassene Gehilfe ist nicht mehr vom Prinzipal abhängig; er ist minder schutzbedürftig; es besteht keine Veranlassung mehr, zu seinen Gunsten der Vertragsfreiheit Zügel anzutun. Deshalb erscheint die Vereinbarung mit dem entlassenen Handlungsgehilfen zulässig.

Zu 2. a) Kündigt der Prinzipal, gleichviel ob mit oder ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, so wird die Konkurrenzklausel damit regelmäßig außer Wirkung gesetzt. Die Denkschrift[2]) motiviert diese Bestimmung treffend so: „Es ist eine Forderung der Billigkeit, daß dem Prinzipal nur dann gestattet wird, dem

---

[1]) Ebenso Horrwitz S. 154.

[2]) S. 64 (v. Hahn S. 243).

Gehilfen auf Grund der getroffenen Vereinbarung Beschränkungen hinsichtlich der freien Verwertung seiner Fähigkeiten aufzuerlegen, wenn er seinerseits bereit ist, dem Gehilfen in seinem Geschäft, soweit es angeht, die Möglichkeit des weiteren Fortkommens zu gewähren". Nimmt er ihm durch willkürliche Kündigung diese Möglichkeit, so darf er den Gehilfen auch nicht hindern, ein anderweites Unterkommen überall da, wo es sich ihm bietet, zu ergreifen.

Natürlich ist nur an eine wirkliche Kündigung zu denken. Wenn das Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen war, die Zeit und damit der Vertrag abgelaufen ist, so ist eine für den Endpunkt ausgesprochene Kündigung, also eine überflüssige, rechtlich unerhebliche Erklärung, ohne jeden Einfluß auf die Wirksamkeit der Konkurrenzklausel.[1]) Ebenso liegt keine Kündigung vor, wenn das Dienstverhältnis durch beiderseitiges Übereinkommen vorzeitig beendigt wird; § 75 greift alsdann nicht ein.[2]) Anders wieder, wenn der Vertrag mit der Maßgabe auf bestimmte Zeit eingegangen war, daß er mangels vorhergehender rechtzeitiger Kündigung weiterlaufen solle, und wenn dieser Vertrag vom Prinzipale rechtzeitig für den Endpunkt aufgekündigt wird (vgl. § 67 Abs. 3). Hier liegt Kündigung vor, und § 75 greift ein.

Trotz Kündigung seitens des Prinzipals bleibt die Konkurrenzklausel in Kraft, wenn für die Kündigung ein erheblicher, vom Prinzipal nicht verschuldeter Anlaß vorliegt. Hier führt der Gesetzgeber einen neuen Begriff ein. Was ist ein erheblicher Anlaß? Keineswegs ist dieser Begriff identisch mit dem in § 70 gebrauchten „wichtigen Grund".[3]) Es ist offenbar weniger; denn der wichtige Grund muß den Prinzipal zur sofortigen Entlassung berechtigen. Ein erheblicher Anlaß im Sinne des § 75 kann aber bereits vorliegen, wenn Entlassung noch nicht begründet wäre. Das folgt einfach daraus, daß in § 75 Abs. 1 Satz 2 schlechthin von Kündigung gesprochen wird, nicht von Kündigung

[1]) JKG. S. 296.

[2]) ROLG. Bd. 8 S. 96.

[3]) ROLG. Bd. 8 S. 97 (mit besonderer Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung).

ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. Ist der Gehilfe z. B. ersichtlich ungeschickt und träge, so mag das dem Prinzipal noch kein Recht geben, ihn zu entlassen. Es ist das aber ein erheblicher Anlaß zur ordentlichen Kündigung, und zwar ein Anlaß, den der Prinzipal nicht verschuldet hat.

Bei Vorliegen von Verschulden auf beiden Seiten ist zu prüfen, ob durch das Verschulden des Handlungsgehilfen etwa dasjenige des Prinzipals entschuldigt und insoweit beseitigt worden ist;[1]) eine Schuldkompensation im eigentlichen Sinne ist aber nicht zulässig. Daß der Anlaß vom Gehilfen verschuldet sei, wird vom Gesetz nicht postuliert. Wenn also der Prinzipal seinem Gehilfen kündigt, weil sein Geschäft abgebrannt und deshalb nicht weiterzuführen ist, so wird die Konkurrenzklausel an sich von der Kündigung nicht berührt. Denn zur Kündigung liegt ein erheblicher, vom Prinzipal nicht verschuldeter Anlaß vor.

Ob Konkurseröffnung ein vom Prinzipal verschuldeter Anlaß zur Kündigung ist, läßt sich richtiger Ansicht nach nur von Fall zu Fall entscheiden.[2]) Horrwitz[3]) sieht stets ein Verschulden des Prinzipals als vorliegend an, wenn über sein Geschäft das Konkursverfahren eröffnet wird. Jedoch steht diese Behauptung im Widerspruch zu den alltäglichen Erfahrungen des Geschäftslebens.

Zu 2. b) Die Konkurrenzklausel ist trotz Kündigung des Prinzipals vollwirksam, wenn dem Handlungsgehilfen während der Dauer der Beschränkung, längstens also drei Jahre, der zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird. Unter Gehalt ist hier offenbar Gehalt im weiteren Sinne zu verstehen, nicht nur das bedungene Fixum, sondern alle in Geld zu berechnenden Bezüge mit, wie z. B. Provisionen, Tantièmen.[4]) Das Gesetz würde sonst ohne zureichenden Grund einen Unterschied zwischen den Handlungsgehilfen machen, die festes Salär, und denen, die

---

[1]) ERZ. Bd. 56 S. 372.

[2]) RG. in JurW. 1903 S. 389.

[3]) S. 155.

[4]) Ebenso Staub S. 343; Lehmann-Ring S. 182; Goldmann S. 365; Horrwitz S. 125; a. M. Düringer-Hachenburg S. 468; Makower S. 232.

hauptsächlich nur Provision usw. beziehen; die so bezahlten Handlungsgehilfen würden damit in nicht zu rechtfertigender Weise den auf Fixum gestellten Gehilfen nachstehen.

Hat der Prinzipal diese Verpflichtung auf sich genommen, so wird er von ihr nicht dadurch frei, daß der Handlungsgehilfe anderweit ein Einkommen während der Sperrzeit hat. Er ist auch nicht berechtigt, das anderweite Einkommen des Gehilfen von der an ihn zu zahlenden Summe in Abzug zu bringen. Denn der Prinzipal zahlt, anders wie im Falle des § 615 BGB., nicht die vereinbarte Vergütung aus dem Dienstvertrage — der ist ja abgelaufen —, sondern eine der Vergütung gleichhohe Summe, mit der er sich die Fortwirkung der ohnedem durch die Kündigung wirkungslos gewordenen Konkurrenzklausel erkauft.

Der gekündigte Handlungsgehilfe darf nicht in Zweifel gelassen werden, ob der Prinzipal die Weitergeltung der Konkurrenzklausel erkaufen will oder nicht. Denn je nachdem der Handlungsgehilfe durch die Klausel gebunden ist oder nicht, wird sich seine Tätigkeit gestalten. Daher ist nötig, daß der Prinzipal schon bei der Kündigung sich bestimmt darüber erklärt, damit der Handlungsgehilfe beim Suchen einer anderweiten Beschäftigung weiß, woran er ist.[1]) Das ist die herrschende Meinung. Sie kann sich zwar auf das Gesetz nicht berufen. Denn nirgends steht, daß der Prinzipal bei der Kündigung bereits Fortzahlung des Gehalts zusichern muß. Aber sie fußt auf dem sicheren Grunde des Lebens und seiner Bedürfnisse. Und das Gesetz steht ihr wenigstens nicht entgegen.

Solange der Prinzipal den Gehalt fortentrichtet, ist der Gehilfe an die Konkurrenzklausel gebunden; sobald er die Zahlung des Gehalts einstellt, wird der Gehilfe frei. Der Prinzipal kann nicht etwa nachträglich unter Anbieten der rückständigen Zahlung vom Gehilfen Respektierung der Klausel verlangen. Die Klausel bleibt eben nur in Wirksamkeit, wenn der Gehalt vom Prinzipal gezahlt, nicht bloß versprochen wird. Allerdings muß dem Gehilfen in erster Linie das Recht zugestanden werden, unter Anerkennung der Fortwirkung der Klausel, vom Prinzipal Erfüllung

[1]) Ebenso ERZ. Bd. 59 S. 125; ROLG. Bd. 8 S. 387; RG. in JurW. 1905 S. 29; a. M. Lehmann-Ring S. 182.

des Zahlungsversprechens zu verlangen. Es steht aber nichts im Wege, daß der Handlungsgehilfe, hält er es für ratsamer, nicht auf Zahlung besteht; solchenfalls ist er von der Klausel frei.

Goldmann[1]) sieht in dem Versprechen des Prinzipals, den Gehalt fortzuzahlen, einerseits und der Verpflichtung des Gehilfen zur Beobachtung der Konkurrenzklausel andererseits einen gegenseitigen Vertrag und will demgemäß § 326 BGB. auf den Verzug des Prinzipals angewendet wissen. Unseres Erachtens mit Unrecht. Die Verpflichtung des Gehilfen auf Innehaltung der Konkurrenzklausel ist in diesem Zusammenhange keine vertragliche, sondern resultiert aus dem Gesetze (§ 75 Abs. 1 a. E.). Ein gegenseitiger Vertrag liegt also nicht vor, nicht einmal ein einseitiger. Der Prinzipal verpflichtet sich einfach, den Gehalt fortzuentrichten, und tut es, gleichviel ob der Gehilfe die Verpflichtung annimmt oder nicht. Der Gehilfe kann nicht durch Ablehnung der Gehaltszahlungen oder durch Nichtannahme der Verpflichtung die Konkurrenzklausel hinfällig machen.

Deshalb ist auch der von Düringer-Hachenburg[2]) vertretenen Meinung nicht beizupflichten, daß es nämlich dem Prinzipale freistehe, unter Einhaltung der im Vertrag oder Gesetz vorgesehenen Frist dieses „Vertrags"verhältnis aufzukündigen. Es liegt überhaupt kein Vertragsverhältnis mehr vor; der Vertrag zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen ist abgelaufen, ein neuer nicht geschlossen. Jetzt stehen sich nur zwei Verpflichtungen gegenüber, die aber nicht einem Vertrage entspringen.[3]) Für Kündigung ist also kein Raum.

[1]) S. 365.
[2]) S. 468.
[3]) Ebenso Staub S. 343.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.